A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

ENSAIO HISTÓRICO-JURÍDICO-SOCIAL

Dr. Agostinho Marques
Perdigão Malheiros

1ª PARTE
JURÍDICA

TÁBUA DAS MATÉRIAS.

A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

ENSAIO HISTÓRICO-JURÍDICO-SOCIAL

PELO

Dr. Agostinho Marques Perdigão Malheiros

PARTE 1.ª
(JURÍDICA)

DIREITO SOBRE OS ESCRAVOS E LIBERTOS

1866

AO BRASIL.

Vestra res agitur.
Libertas non privata, sed
pública res est

A Vós, minha dileta pátria, dedico o presente trabalho. Ninguém mais do que Vós tem o direito de exigir de seus filhos todo o concurso que cada um possa dar para o melhoramento, progresso, e felicidade da Nação. Esta não morre, no entanto que as gerações se vão sucedendo com a rapidez do tempo; as idéias permanecem vivas nas que sobrevêm, e produzem afinal o seu desejado efeito. Deve-se no presente preparar o futuro, para que este não surpreenda dolorosamente os vindouros, e talvez a própria geração atual.

A escravidão é um dos maiores males que ora pesa sobre Vós. Cumpre examinar de perto as questões que ela sugere, e atacá-la com prudência, mas francamente e com energia, para que cessem as ilusões, e não durmam os Brasileiros o sono da indiferença, e da confiança infantil, sobre o vulcão e o abismo, criados pelo elemento servil da nossa sociedade.

Deponho no Vosso Altar a minha mesquinha oferenda.

O Autor.

AO LEITOR.

A magna questão da escravidão no nosso país tem me preocupado o espírito, como me parece que deve ter preocupado o de todo o homem pensador, e verdadeiramente amigo do Brasil.

Propus-me, portanto, a concorrer também com as minhas débeis forças para a obra grandiosa da regeneração do nosso estado social. Não o podendo fazer de outra forma, por me faltarem os elementos, apenas o posso fazer públicando o fruto de minhas investigações e estudo.

Antes de nos embrenharmos na delicada e espinhosa questão da emancipação, cumpria conhecer o Direito atual sobre os escravos. — Não era indiferente também ter notícia da história da escravidão entre nós, quer em relação nos Indígenas, quer em relação aos Africanos.

Este Opúsculo (pois não é senão um Ensaio) é, portanto, naturalmente dividido em três partes.

Na primeira terá o leitor sistematicamente exposta a doutrina de nosso Direito sobre os escravos e libertos; preenchida assim uma grande lacuna de nossa literatura jurídica. — É trabalho de interesse e utilidade atual, e ainda enquanto durar a escravidão no Império.

Na segunda, se tratará da escravidão dos Indígenas desde a descoberta até sua abolição, assim como da catequese dos mesmos.

Na terceira, da dos Africanos, debaixo do ponto de vista histórico, filosófico, social e econômico; conseguintemente da efervescente e palpitante questão da extinção da escravidão em nossa pátria.

A primeira é a que ora vê a luz da publicidade. As outras lhe sucederão em ocasião oportuna. Circunstâncias públicas e notórias aconselham reserva e prudência. Para que uma idéia germine e frutifique, é preciso lançá-la, como a semente, em estação apropriada.

Se desta forma conseguir ser útil aos meus concidadãos, ao meu país, darei por bem empregadas as vigílias dispensadas, restando-me sempre em qualquer caso a tranqüilidade de minha consciência, e a satisfação íntima de desejar o bem; o melhor prêmio de que na terra se possa gozar.

Rio de Janeiro, 3 de Setembro de 1866.

O AUTOR.

A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

PARTE 1.ª
TÍTULO ÚNICO.

O ESCRAVO ANTE AS LEIS POSITIVAS. — E O LIBERTO.

PREÂMBULO.

A matéria deste Título e Parte 1.ª constitui por si só objeto digno de um tratado. Tão importante é ela; tão vasto o campo a percorrer. Muito mais, porque nossas leis são escassas e como que fugitivas a tal respeito, principalmente nas infinitas relações cíveis que ligam os escravos e os senhores entre si e com terceiros, nas questões cardiais de estado de liberdade ou escravidão, e em tantas outras que emergem constantemente. Mas nós nos circunscreveremos no quadro correspondente ao

plano deste nosso trabalho, procurando todavia fazê-lo por forma, que ao menos os princípios fundamentais e de maior freqüência prática sejam consignados de um modo claro e metódico. O desenvolvimento ficará ao estudo e gosto de cada um. O assunto é quase inesgotável.

CAPÍTULO I.

O ESCRAVO ANTE A LEI POLÍTICA E ADMINISTRATIVA.

§1º

O nosso Pacto Fundamental, nem lei alguma contempla o *escravo* no número dos *cidadãos,* ainda quando nascido no Império, para qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública. Apenas os *libertos,* quando cidadãos brasileiros, gozam de certos direitos políticos e podem exercer alguns cargos públicos, como diremos(1).

Desde que o homem é reduzido à condição de *cousa,* sujeito ao *poder* e *domínio* ou propriedade de um outro, é havido *por morto,* privado de *todos os direitos,* e não tem *representação alguma,* como já havia decidido o Direito Romano(2). Não pode, portanto, pretender direitos políticos, direitos da *cidade,* na frase do Povo Rei(3); nem exercer cargos públicos(4): o que se acha expressamente consignado em várias leis pátrias antigas, e é ainda de nosso Direito atual, como princípios incontestáveis, embora elas reconheçam ser este um dos grandes males resultantes da escravidão(5).

Tal é a extensão dessa incapacidade, que, entre nós, nem são os escravos admitidos a servir com praça no exército e marinha(6).

Nem tão pouco a exercer cargos Eclesiásticos, quer de

natureza mista, quais os de Pároco e outros, quer de natureza puramente espiritual; no que vai de acordo a Lei Canônica com a Lei Civil(7).

Aquela regra tem sido invariavelmente seguida entre todos os povos antigos e modernos, em cujo seio se introduziu a escravidão — *exclusão dos escravos da comunhão política, dos cargos públicos, do exercício de qualquer direito de semelhante ordem, de qualquer participação da soberania nacional e do poder público.*

A evidência destas proposições dispensa maior desenvolvimento, quer na parte histórica, quer na parte jurídica(8).

CAPÍTULO II.

O ESCRAVO ANTE A LEI CRIMINAL (PENAL E DE PROCESSO) E POLICIAL.

§2.º

Se remontarmos ao Direito Romano antigo, aí veremos sancionada a extrema conseqüência da latitude do direito de propriedade constituído sobre o escravo, quando, conferindo-se ao senhor, além do *jus dominii*, o *jus potestatis*(9), se lhe deu a faculdade de dispor do escravo como bem lhe aprouvesse, de maltratá-lo e até matá-lo impunemente (*jus vitae et necis*), do mesmo modo que o poderia fazer com um animal que lhe pertencesse, ou outro qualquer objeto de seu domínio(10).

Entre outros povos, porém, isto não se dava; v. g., os Judeus, cujas leis ao contrário eram altamente protetoras dos escravos, e favoráveis às manumissões, como teremos ocasião de ver em lugar mais oportuno (11).

Mas aquela extensão dos direitos do senhor foram na própria Roma restringidos. A Lei Cornelia — de *Siccariis* — punia com as penas do homicídio aquele que matasse de propósito (*dolo*) um escravo alheio(12). Antonino Pio ampliou esta disposição, aplicando a mesma pena ao senhor que sem justo motivo (*sine causa*) matasse o seu próprio escravo(13). Ainda mais; permitiu que o escravo, por sevícias ou por ofensas ao pudor e à honestidade, pudesse recorrer à Autoridade a fim

de obrigar o senhor a vendê-lo *bonis conditionibus,* e sem que mais voltasse ao dito senhor (14).

Já Adriano havia punido a matrona Umbricia por sevícias contra os seus escravos(15).

Chegou-se mesmo a proibir pela lei Petronia, que uns referem a Augusto, outros a Nero(16), que os escravos fossem mandados pelos senhores ao combate das feras; e até, que fossem vendidos para esse fim, sob penas contra o vendedor e comprador, segundo uma lei de Marco Aurélio(17).

Só restava aos senhores o direito de *castigar,* com tanto que *sem crueldade,* e que, caso se seguisse a morte, não se pudesse atribuir à intenção de o fazer por esse meio(18); proibindo-se-lhes, porém, usar de certos instrumentos ou modos para castigar por serem só próprios de bárbaros(19).

§3º

Nossas leis antigas e modernas têm formalmente negado, e negam aos senhores o direito de vida e morte sobre os escravos; e apenas lhes dão a faculdade de os *castigar moderadamente,* como os pais aos filhos, e os mestres aos discípulos(20). Se o castigo não é moderado, há excesso que a lei pune, como se o ofendido não fora escravo; e com justa razão(21).

As sevícias, também por nosso direito, autorizam o escravo a requerer que o senhor o venda(22). E neste caso, bem como no de quererem os senhores vendê-los por vingança, podia a Irmandade de S. Benedito comprá-los para libertar, se fossem irmãos(23).

Se há receio fundado de que o senhor maltrate o escravo, pode ser obrigado a assinar *termo de segurança.*(24)

E até, sobre tal assunto, foram as Câmaras Municipais incumbidas de participar aos Conselhos Gerais de Província os maus tratamentos e atos de crueldade que se praticassem com os escravos, indicando os meios de preveni-los(25).

§4º

Entre os Romanos, os delinqüentes escravos eram punidos de modo mais severo do que os homens livres, em alguns casos, como se lê em várias leis; especialmente nos delitos contra os senhores(26).

A pena de *açoites* só se aplicava, em regra, aos escravos(27); e não ao homem livre(28), mesmo quando liberto condicionalmente(29).

Quanto à imposição da pena, olhava-se ao *estado* do delinquente na ocasião do delito, para ser punido como livre ou como escravo, sem que ao primeiro prejudicasse a mudança posterior, nem ao segundo aproveitasse a manumissão(30). Esta última parte foi alterada em favor do escravo manumitido depois do delito(31).

O senhor conservava o domínio sobre o escravo, quer fosse este condenado à pena perpétua ou temporária, quer absolvido mesmo em causa capital sem que o senhor o defendesse(32): exceto aquele que pela condenação era feito *servo da pena*(33).

O escravo era sujeito a interrogatório sob tortura (*quœstio),* quer fosse ele acusado réu de algum crime(34), quer fosse chamado como testemunha(35), quer acusasse ele, sobretudo o senhor, nos casos excepcionais em que o podia fazer(36). — Com mais rigor ainda se procedia em semelhante modo de descobrir a verdade, e em punir de morte os escravos, quando se levantavam contra estes as mais leves suspeitas em

casos de assassinato, morte, e até de suicídio dos senhores, — não só quanto aos que estivessem em sua companhia, ou vivessem debaixo do mesmo teto, mas também quanto aos que houvessem fugido, não tivessem acudido em defesa do senhor, em seu socorro, não houvessem até impedido que ele se suicidasse(37).

Esses rigores foram-se moderando com o progresso da jurisprudência, e sobretudo com a influência do Cristianismo(38).

Augusto e Adriano modificaram as leis da tortura (*quæstio)* não a permitindo, mesmo quanto aos escravos, senão em falta de outras provas(39). Valentiniano, Graciano e Theodosio ainda exigiram que o acusador se obrigasse à pena de Talião antes de os submeter a ela, respondendo pelo seu valor ou pelo dano causado(40). Constantino proibiu marcar no rosto os condenados, inclusive os escravos(41).

§5º

Nossas leis antigas dão notícia de disposições excepcionais a respeito dos escravos, já aplicando-lhes açoites, já a tortura para fazerem declarações(42), já marcas de ferro quente(43), já a mutilação de alguma parte do corpo(44), já em excesso a pena de morte(45), já penas cruéis.

As torturas, marcas de ferro quente, penas cruéis e outros atos semelhantes, só próprios de bárbaros, foram absolutamente proibidos, e *desde logo,* pela Constituição do Império promulgada em 1824(46).

A pena de *açoites* igualmente aí foi abolida(47).

§6º

Mas, quanto a esta, sempre se entendeu — *salvo quanto aos escravos*(48); razão por que no Código Penal a encontramos só aplicada aos escravos(49), como era já anteriormente(50), e o tem sido em leis posteriores(51).

As Câmaras Municipais e Assembléias Provinciais não a podem decretar ou impor, nem a de palma-toadas(52).

Foi, igualmente, declarado que o Juiz de Paz não pode mandar açoitar escravo alheio sem havê-lo devidamente processado com audiência do senhor(53).

Porém semelhante pena não é aplicável ao *liberto,* ainda quando o seja condicionalmente ou denominado pelos Romanos *statuliber;* odiosa, aviltante e infamante(54), ela só deve aplicar-se nos termos estritos dalei(55), isto é, *ao escravo enquanto escravo*(56). O mesmo devemos entender acerca da condenação de trazer ferro, de que trata o art. 60 do nosso Código Penal. Este mesmo artigo da lei, mandando *entregar o escravo a seu senhor,* presume que o condenado foi, é, e permanece escravo. O liberto, porém, evidentemente o deixou de ser; e o *statuliber* já não éprópria e rigorosamente escravo(57).

O Juiz deve determinar na sentença o *número* de *açoites* da condenação(58), não podendo o escravo levar mais de 50 por dia; assim como o tempo e maneira de trazer o ferro(59). Este arbítrio deve ser exercido com toda a prudência e humanidade, de modo que não exceda uma justa punição, e degenere em pena mais grave do que a lei assim quis impor, como seria se o castigo fosse tal que dele proviesse ou pudesse provir a morte(60).

Segundo a regra geral do art. 60 do Cod. Penal, o escravo que incorrer em pena que não seja a *capital* (de morte)

ou de *galés*(61), deve necessariamente ser condenado na de açoites e de trazer ferro por comutação na sentença respectiva(62).

A comutação de galés temporárias em prisão com trabalho, segundo o art. 311 do cit. Cod. não é, porém, extensiva aos escravos, ainda que haja no lugar Casa de Correção(63); continuando pois nas galés(64).

Mas se o delinquente é escrava, ou menor de 21 anos, ou maior de 60, deve a seu respeito observar-se o disposto no art. 45 do Cod. Penal? Parece que sim, por ser disposição geral e comum, extensiva a todos os criminosos, como o são todas as outras disposições que não sofreram expressa modificação quanto aos escravos(65). — E por ser escravo, deverá ser-lhe esta nova pena comutada na forma do art. 60? Penso que não; porque não se verifica rigorosamente a hipótese do cit. art. 60, visto como a pena originária é de galés, de que os escravos são passíveis, e a comutação do art. 45 é um favor deferido ao sexo e à idade, que portanto não deve degenerar em mal e prejuízo seu(66). — A que época se deve atender para a comutação de que trata o §2.º do cit. art. 45? O Supremo Tribunal de Justiça, por *maioria* de votos decidiu que à data do delito e não à do julgamento(67).

Quando à pena principal se adjecta a de multa, a comutação em açoites compreende todas, porque a multa é verdadeira pena(68); e o senhor do escravo não está obrigado a pagá-la(69), como aliás o é quanto à indenização ou satisfação do delito e às custas do processo(70), carceragem, comedorias e outras despesas(71).

Pouco importa que o escravo seja da Nação: nem por isso é isento da pena de açoites, porque nenhuma lei faz semelhante distinção, como foi julgado na Relação desta

Corte(72).

Escravos que, tendo incorrido em pena de galés, obtêm por ato do Poder Moderador a comutação em outra, embora de prisão com trabalho ou simples, não podem ser condenados a açoites por nova comutação judicial(73)

§7º

Especialmente, nos delitos contra o senhor ou pessoa de sua família (s. e, mulher, descendentes, ou ascendentes) que em sua companhia morar, contra administrador, feitor, e suas mulheres que com eles viverem, rege, quanto à penalidade, a lei excepcional de 10 de Junho de 1835 art. 1.º(74). Razões extraordinárias de ordem pública, de segurança dos cidadãos e famílias, sobretudo agrícolas, fizeram expedir semelhante lei, derrogatória do Código Criminal nessa parte(75).

Será justificável o delito se o escravo matar ou ferir o senhor, feitor, administrador, etc. em defesa própria? Parece que sim, *ex vi* do disposto no Código Criminal na parte geral, não alterada pela cit. lei. O que se deve entender igualmente de quaisquer outros motivos que isentem de culpa, assim como que a agravem ou atenuem(76).

§8º

Sendo homicídio cometido nas fronteiras do Império, deve o julgamento ser pelo Juiz de Direito? Deve-se aplicar a lei comum ou a especial de 1835? — O Juiz de Direito é o competente, sem distinção, se o escravo cometeu o delito contra o senhor ou contra estranho, e observado o processo especial; pois que a lei que deu-lhe essa atribuição não fez distinção alguma, e nem o Regulamento respectivo(77). Mas a penalidade deve ser a que se acha consignada nas leis para os casos ocorrentes, comuns, ou especiais(78).

§9º

Do fato criminoso do escravo resulta para o senhor a obrigação de indenizar o dano ao ofendido(79); mas somente até o valor do mesmo escravo(80). Não pode ser pedida senão por ação civil(81), que prescreve em trinta anos(82). É a ação *noxal* dos Romanos, e já conhecida do nosso Direito(83).

Mas se o escravo morre, se é condenado em pena capital ou perpétua, se o senhor o entrega, fica liberado? Parece não haver questão na última hipótese, como aliás dispunha o Direito Romano e a nossa lei anterior(84); caso em que, recebido pelo ofendido o escravo ou o seu produto, tem-se preenchido a satisfação, como quer a lei(85). Algumas dúvidas, porém, se podem levantar nas outras hipóteses; porquanto, sendo o falecimento um sucesso fatal, e os outros fatos conseqüências ou efeitos da condenação, todavia o ofendido nenhuma indenização receberia, se o senhor não fosse obrigado, o que parece opor-se ao determinado no Cod. Crim. arts. 21 e seguintes, e mesmo no art. 28, que declara o senhor subsidiariamente responsável, embora seja esta responsabilidade limitada ao *valor* do escravo, e não à *pessoa* deste. Na indenização do dano, trata-se *principalmente* da reparação do mal causado ao ofendido, a qual deve ser a mais completa que ser possa, independente da punição e mesmo da criminalidade(86). Parece-nos, porém, que ainda em tais casos o senhor não fica obrigado, sobretudo se tem feito abandono do escravo; porque seria iniquo, como se decide em várias leis Romanas, que, além de perder o escravo, pagasse ao ofendido quantia igual ao valor do mesmo, quando já semelhante valor ele não conserva(87).

O escravo, segundo o Dir. Rom., ficava obrigado pelo delito, e esta obrigação o acompanhava mesmo depois de *liberto,* ainda quando *statuliber*(88), embora o senhor também

continuasse obrigado solidariamente(89). O senhor, porém, nenhum direito tinha a pedir indenização ao escravo, depois de liberto, por fatos do tempo anterior(90).

Se o escravo culpado, entregue pelo senhor, apresentava o seu valor, ficava livre(91).

§10.

Em relação ao processo, devemos observar que não há entre nós autoridades, juízes, ou tribunais especiais, que conheçam dos delitos cometidos pelos escravos. São processados, pronunciados e julgados, conforme os delitos e lugares, como os outros delinqüentes livres ou libertos, salvo modificações de que trataremos(92). São, portanto, aplicáveis, em regra, aos escravos os princípios gerais do Direito Penal e do Processo Criminal(93).

E quanto ao *habeas-corpus,* é-lhe extensivo este remédio extraordinário? Entendo que sim, desde que seja requerido por um cidadão brasileiro(94).

§11.

Mas devemos atender às exceções e modificações de Direito em relação aos escravos. Assim :

1.º O escravo não é admitido a dar queixa por si; mas por intermédio de seu senhor(95), ou do Promotor Público, ou de qualquer do povo (se o senhor o não faz), como pessoa *miserável*(96).

2.º Não pode dar denúncia contra o senhor(97).

3.º Não pode ser *testemunha jurada,* e apenas informante(98).

4.º Quando réu ou acusado, deve-se-lhe nomear defensor ou curador pelo Juiz do processo, se o senhor se não presta a isso como seu curador nato(99).

5.º Que nos crimes da Lei de 10 de Junho de 1835, assim como no de insurreição e quaisquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista(100).

6.º Que em tais casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do Juri para o julgamento(101).

7.º Que, todavia, se a condenação for em pena capital (morte), não se deve esta executar sem se decidir o recurso de graça ao Poder Moderador(102).

§12.

Esta legislação excepcional contra o escravo, sobretudo em relação ao senhor, a aplicação da pena de açoites, o abuso da de morte, a interdicão de recursos, carecem de reforma. Nem estão de acordo com os princípios da ciência, nem esse excesso de rigor tem produzido os efeitos que dele se esperavam. A história e a estatística criminal do Império têm continuado a registrar os mesmos delitos. E só melhorará, à proporção que os costumes se forem modificando em bem do mísero escravo, tornando-lhe mais suportável ou menos intolerável o cativeiro, e finalmente abolindo-se a escravidão. Esta mancha negra da nossa sociedade estendeu-se à legislação, e denegriu algumas de suas páginas, quando sem isto o nosso Código Penal é um dos mais perfeitos dos tempos modernos(103).

A abolição da pena de *morte,* não somente em matéria política(104), mas *absolutamente,* é uma idéia que já tem passado do domínio da ciência para a legislação de diversos estados contemporâneos(105), e que tende a propagar-se. Entre nós mesmo essa questão se agita(106). E este movimento não pode

deixar de ser favorável também ao escravo(107).

Ainda quando ela se conserve na legislação até que possa ser abolida (questão esta de suma gravidade), um melhoramento pudera ser desde já introduzido; em geral, exigir-se a *unanimidade* de votos para a imposição de semelhante pena, não só nos Juízos de 1.ª instância, mas também nos de 2.ª, aos quais deveriam continuar a subir os processos por via de recurso *ex-ofício;* e em especial, a revogação da Lei de 10 de Junho de 1835(108).

Quanto à pena de *açoites,* entendo que deve ser riscada das nossas leis penais, por anacrônica, desigual, improfícua para uns, excessiva para outros, imoral, ofensiva do pudor, senão do próprio escravo ou escrava, ao menos e com certeza do da sociedade, bárbara enfim, podendo conduzir à morte, contra a manifesta intenção do legislador(109). Se a pena de galés é aplicável ao escravo, se o são igualmente as de prisão nos casos não definidos no art. 60 do Cod. Crim. e em leis especiais, no de comutação por virtude do art. 45 Cod. cit., e quando impostas por comutação do Poder Moderador, qual a razão por que se não hão de converter em regra essas exceções,abolindo completamente os açoites? Felizmente as idéias atuais tendem a esta importante e humanitária reforma, partindo do próprio Governo do país(110).

O mesmo diremos da pena de trazer ferro, de que trata o Cod. Crim. art. 60(111).

Quanto aos *recursos,* é exorbitante de todos os princípios de justiça que contra o escravo condenado, nos casos especiais da Lei de 10 de Junho e outros, subsista a primeira e única decisão, sem lhe ser facultada a revisão do processo, quando tal condenação pode ser injusta, como infelizmente se tem verificado em muitos casos(112). Por outro lado, também a justiça pública fica desarmada para fazer punir um verdadeiro

delinquente absolvido em tais circunstâncias, se se entender (como parece melhor e por vezes se tem julgado) que a proibição do art. 80 da Lei de 3 de Dezembro de 1841 compreende o caso de absolvição(113).

Ainda algumas observações.

§13.

Em relação à lei penal, o escravo, *sujeito* do delito ou agente dele, não é *cousa*, é *pessoa* na acepção lata do termo(114), é um ente humano, um homem enfim, igual pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e diretamente pelos delitos que cometa; o que sempre foi sem questão(115). *Objeto* do delito, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que ele pessoalmente possa ser vítima não constitui o crime de *dano,* e sim *ofensa física,* para ser punido como tal(116), embora o ofensor fique sujeito a indenizar o senhor; nesta última parte, a questão é de *propriedade,* mas na outra é de *personalidade.*

Isto, porém, não quer dizer que o escravo, enquanto *propriedade,* não dê lugar ao crime, v. g., de *furto.* Ao contrário, desde que ele não é o ofendido em sua pessoa, e sim exclusivamente o senhor na sua propriedade, o crime já não é senão em relação a este, e portanto unicamente contra a propriedade. Assim o furto de escravos nem é simples furto, é pela lei qualificado *roubo*(117); vender ou alienar como próprio o escravo alheio, é *estelionato*(118); e assim em outros casos semelhantes(119).

§14.

Há ainda a notar-se que ninguém deve *acoutar* escravos fugidos, sob pena de ser punido desde que haja fraude ou ciência da parte de quem os oculta(120). Em todas as épocas e

entre todos os povos, assim tem sido. O Direito Romano contém disposições terminantes a respeito dos escravos fugidos(121). E a nossa legislação antiga enumera não poucas(122).

Entre nós foi freqüente desde tempos antigos, e ainda hoje se reproduz, o fato de abandonarem os escravos a casa dos senhores e internarem-se pelas matas ou sertões, eximindo-se assim *de fato* ao cativeiro, embora sujeitos à vida precária e cheia de privações, contrariedades e perigos que aí pudessem ou possam levar. Essas reuniões foram denominadas *quilombos* ou *mocambos*; e os escravos assim fugidos (fossem em grande ou pequeno número) *quilombolas* ou *calhambolas*(123) — No Brasil tem sido isto fácil aos escravos em razão de sua extensão territorial e densas matas, conquanto procurem eles sempre a proximidade dos povoados para puderem prover às suas necessidades, ainda por via do latrocínio. É alheio do nosso propósito atual dar notícia mais minuciosa; é, porém, por demais notável o quilombo dos *Palmares,* para que deixemos de mencioná-lo(124).

As leis providenciaram a tal respeito, criando mesmo o cargo de *capitães do mato,* a que se deu Regimento(125); instituindo *prêmios,* mandando que as Autoridades tivessem muito a peito este objeto pelos graves inconvenientes que daí vinham à ordem pública, e paz das famílias(126). Chegou-se ao extremo ignominoso e bárbaro de fazer-lhes impor com ferro quente a marca F pela 1.ª vez, e cortar-se-lhes uma orelha pela 2.ª, logo que apreendidos, por *simples mandado* do Juiz *sem processo algum,* mesmo antes de entrarem para a cadeia(127).

Isto foi não só implícita, mas expressamente revogado pelas leis modernas, que tomaram outras providências(128).

§15.

Outro perigo maior resulta da escravidão para o Estado e

ordem pública; e exigia providência excepcional(129). Em todos os países, em que este cancro se tem introduzido, o escravo não é só reputado um *inimigo doméstico*(130), mas ainda um *inimigo público,* pronto sempre a rebelar-se, a levantar-se(131). Para não ir mais longe, nem acumular fatos, a própria Roma nos ministra o exemplo estrondoso da guerra de Espártaco.

Entre nós, levantamentos, insurreições de escravos se tem dado, pode-se dizer, desde que, para desgraça de nossa pátria, aescravidão foi nela introduzida. Os índios deram sempre muito trabalho aos povos e aos Governos na luta em que constantemente viveram para se eximirem à opressão, ao cativeiro em que os trouxeram; até que a lei decretou a sua vitória, e livrou-os do flagelo dos seus perseguidores e algozes(132). Os escravos, descendentes da raça Africana, que ainda conservamos, hão por vezes tentado(133), e ainda tentam, já por deliberação própria, já por instigações de estranhos, quer em crises de conflitos internacionais, quer intestinas(134); é o vulcão que ameaça constantemente a sociedade, é a mina pronta a fazer explosão à menor centelha.

O Cod. Crim. art. 113, prevendo esse crime, de muito maior gravidade, pune-o com penas excepcionais(135).

§16.

Por outro lado, protege o homem livre, castigando aquele que o reduzir ou tentar reduzir á escravidão(136), incumbindo às Autoridades procederem mesmo ex-officio por ser de acusação pública semelhante delito(137).

CAPÍTULO III.

O ESCRAVO ANTE A LEI CIVIL, E FISCAL.

SEÇÃO 1.ª — GENERALIDADES.

Art. I. — *Origem da escravidão.*

§17.

A escravidão antiga achava sua escusa no direito do vencedor em guerras internacionais. Foi (pretendem) um progresso no direito das gentes da antigüidade conservar a vida ao prisioneiro inimigo, a quem se julgava ter direito de matar, sujeitando-o em compensação ao cativeiro e domínio do vencedor(138). Este mesmo fundamento foi mais tarde formalmente reprovado pelo próprio legislador, quenão só qualificou a escravidão de contrária à natureza (*contra naturam*), mas de introduzida pela ferocidade dos inimigos (*ferocitate hostium*), como se lê em vários pareceres dos Jurisconsultos Romanos e em leis Imperiais(139).

§18.

Introduzida a escravidão entre os Povos desde a mais remota antigüidade(140) por diversos fundamentos, dos quais todavia a guerra foi o principal, e existindo ela infelizmente também em a nossa sociedade, embora sem causa que a possa escusar(141), resta saber qual o direito que rege as relações dos escravos entre si, com seus senhores, e com terceiros, quanto

aos direitos e obrigações civis e naturais, verdadeiro Dédalo, em que a própria legislação Romana (a fonte mais abundante e rica de disposições a respeito) tantas vezes flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil Comum(142).

Art. II. — *Modos de ser escravo.*

§19.

Os Romanos, no Direito antigo, reconheciam por modos legítimos(143) de cair em escravidão: l.º a guerra, com tanto que do direito das gentes(144); 2.º deixar algum cidadão de se inscrever no censo lustral, a que se procedia em todos os quinquênios; era vendido como escravo público(145); 3.º o roubo em flagrante; o ladrão (*fur manifestus*) era açoitado e entregue como escravo ao ofendido(146); 4.º a insolvabilidade do devedor; podia este ser vendido para fora (*trans Tiberim*), como escravo, pelo credor(147); 5.º deixar-se alguém vender como escravo contra a proibição da lei(148), a fim de fraudar o comprador; verificando-se, porém, a idade maior de 20 anos, e outras muitas cláusulas, sem as quais não caía em escravidão(149); 6.º entreter mulher livre relações ilícitas ou *contubernium* com escravo; e advertida três vezes pelo senhor deste, não abandonasse tais relações(150); 7.º a servidão da pena, em que incorriam os condenados à pena de morte ou últimos suplícios; ficção da lei Porcia para que o cidadão Romano, que aliás como tal não podia ser açoitado nem sofrer a pena de morte, pudesse sofrê-la(151); 8.º o nascimento; pelo qual o filho da escrava, seguindo a sorte do ventre, era escravo(152); 9.º a ingratidão do liberto; dada a qual, e obtida sentença, era ele de novo reduzido ao antigo cativeiro(153).

Alguns desses modos foram caindo em desuso, outros

foram expressamente abolidos em diversas datas, e sobretudo por Justiniano, o grande reformador da legislação Romana, o propugnador mais acérrimo da causa da liberdade(154).

Adriano já havia proibido, por iniqua e contrária à beleza do Direito, a convenção pela qual os filhos de mulher livre pudessem ser escravos do senhor do pai(155). Justiniano aboliu inteiramente a 2.ª parte do S. C. Claudiano, deixando apenas ao senhor o direito de castigar o escravo que entretivesse relações com mulher livre(156). Foi ainda Justiniano quem aboliu definitivamente a escravidão da pena(157). Leão o sábio revogou a l.ª parte do S. C. Claudiano, limitando-se a fazer punir por outra forma os culpados(158).

§20.

Este progresso em semelhante matéria aumentou com a civilização moderna e espírito do Cristianismo. De sorte que o prisioneiro nas guerras, v. g., deixou de ser reduzido à escravidão; a guerra não se reputou mais uma fonte legítima, como de algum modo já o havia reconhecido o grande Justiniano na L. un. Cod. de S. C. Claud, toll., atribuindo semelhante princípio à ferocidade dos inimigos(159).

§21.

A nossa legislação antiga dá idéia, porém, de que inimigos eram reduzidos a cativeiro(160); tais como os Mouros ou infiéis nas guerras com Cristãos, e em represália do cativeiro a que eles reduziam os prisioneiros Cristãos(161). Bem como dá notícia de escravos *brancos,* e havidos em mais estimação do que os *negros*(162).

Faz ainda menção de *servidão da pena,* e de *perda da liberdade*(163).

Mas nada disto tem hoje aplicação, mesmo em nosso Direito atual.

§22.

De sorte que, embora insustentável a escravidão que entre nós existe e se mantém(164), por não provir senão da fonte a mais reprovada (qual a violência de haverem arrancado os miseráveis Africanos às suas terras, e reduzido por lucro e ganância a escravos), tolerado o fato pelas leis em razão de ordem pública, só resta por nosso Direito atual o *nascimento* como fonte de escravidão(165).

§23.

O princípio regulador é que — *partus sequitur ventrem* —, como dispunha o Dir. Romano(166). Por forma que — o *filho da escrava nasce escravo* —; pouco importando que o pai seja livre ou escravo(167).

§24.

Mas a que época se deve atender para esse fim? à da concepção, à do nascimento, à do tempo da gestação? — O Direito Romano vacilou por muito tempo. A princípio olhou-se à data do nascimento; de sorte que era livre ou escravo o filho, conforme a mãe o era também nessa época(168); Decidiu-se mais tarde que, se a mãe era livre ao tempo da concepção, o filho o devia igualmente ser, ainda que ao do nascimento fosse ela escrava(169). Por último, que, ainda que ela fosse escrava ao tempo da concepção e do parto, o filho seria livre, se a mãe durante a gestação foi livre(170).

Conseguintemente devemos assentar como regra a seguir entre nós — *que, se a mãe é livre em qualquer tempo, desde a concepção até o parto, o filho nasce livre e ingênuo,*

ainda que ela em qualquer dessas épocas seja ou fosse escrava(171).

Esta doutrina é de Direito subsidiário, de boa razão, e perfeitamente de acordo com o espírito e disposições gerais de nosso Direito em semelhante matéria: e aceita pelos nossos Praxistas.

§25.

Casos há, porém, em que, não obstante escrava a mãe durante todo esse tempo, e em que portanto devera o filho nascer escravo, ele é todavia livre e ingênuo. — Tal é, v. g. o de ser seu pai o próprio senhor de tal escrava. A Ord. L. 4º Tit. 92 pr. assim se deve entender nas palavras finais — *se por morte de seu pai ficar forro* —; porque repugna ao Direito Natural que alguém possua como seu cativo seu próprio filho(172), nem as nossas leis isto permitem desde que negam o direito de vendê-los, e implicitamente o domínio(173), nem já o consentia o Direito Romano, desde Diocleciano, proibindo vender os filhos e negando propriedade sobre eles(174).

Esta exceção procede evidentemente também em toda a ordem dos descendentes(175).

Assim como se deve ampliar a outros casos, como sejam descendentes por afinidade, ascendentes consangüíneos ou afins, colalerais conhecidamente tais sobretudo próximos (irmãos v. g.), cônjuge(176).

Art. III. — *Estado. — Familia.*

§26.

O escravo subordinado ao *poder* (potestas) do senhor, e além disto equiparado às *cousas* por uma ficção da lei enquanto

sujeito ao *domínio* de outrem, constituído assim objeto de propriedade, *não tem personalidade, estado*(177). *É pois privado de toda a capacidade civil*(178).

§27.

Mas o próprio Direito Romano, com quanto a princípio desse ao senhor toda a latitude no exercício desse direito até ao ponto extremo de poder impunemente aniquilar essa propriedade — *escravo* —, restringiu sucessivamente tal exercício, reconhecendo assim que no escravo havia outra cousa mais do que um objeto de propriedade, que ele não era rigorosamente uma *cousa* como os irracionais, que no escravo havia um *homem*(179), uma *pessoa* mesmo(180). — Na distribuição das matérias do Direito, os Jurisconsultos e o próprio imperador Justiniano dividiram *as pessoas* em *livres* e *escravos* (summa divisio), reconhecendo que a respeito destes haviam disposições que não podiam ser remetidas para os títulos ou Parte — *Das cousas* (de jure rerum), e deviam necessariamente caber à Parte — *Das pessoas* (De jure personarum), como se lê em Gaio, e outros(181). — É digno ainda de notar-se que, em muitos atos se devia ter, para efeitos civis, em atenção no escravo a sua qualidade de *homem, de ser inteligente, e livre*(182).

§28.

É essencial e da maior importância ir firmando estas idéias; porquanto teremos ocasião de ver que, em inúmeros casos se fazem exceções às regras e leis gerais da propriedade(183) por inconciliáveis com os direitos ou deveres do *homem-escravo,* com os princípios de humanidade, e naturais. E assim veremos que é, de um lado, errônea a opinião daqueles que, *espíritos fortes,* ainda que poucos, pretendem entre nós aplicar cegamente e sem critério ao escravo todas as disposições gerais sobre a propriedade, bem como, de outro

lado, não o é menos a daqueles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixam de aplicar as que devem sê-lo; apesar de que, em tal matéria, é menos censurável o procedimento dos últimos. — Em todas as questões, sobretudo e com especialidade nas que se referem ao *estado* de livre ou escravo, deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis gerais, sem todavia ofender um direito certo, líquido, e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor à liberdade. Nesta conciliação está toda a dificuldade(184).

§29.

O Direito Romano já havia reconhecido e firmado o princípio de que — o *escravo não tinha nem tem família*(185); entre escravos não havia, em regra, *casamento,* apenas *contubernium*(186), união natural ou de fato; nem *parentesco;* nem *poder marital,* ou *pátrio*(187).

Mas nisto mesmo a lei abria exceções. Se libertos pretendiam casar, o parentesco em certos graus impedia(188). O que foi ampliado à aliança natural acima referida(189).

Outras leis ainda reconheciam esse parentesco, e o respeitavam mesmo para efeitos civis, v. g. de se não separarem os filhos dos pais, os maridos das mulheres, os irmãos(190); assim como em relação a outros atos em bem da *família servil*(191).

Leão, o sábio, introduziu a mais importante reforma, mantendo indissolúveis os casamentos entre escravo e pessoa livre, e mesmo de escravos entre si quando algum viesse a ser liberto(192).

§30.

Entre nós, infelizmente, os escravos vivem em uniões ilícitas, por via de regra, tanto os do serviço urbano como os do rural; entregues, por conseguinte, à lei da natureza ou à devassidão. Em algumas partes, é verdade confessar, sobretudo entre os lavradores, não é raro verem-se famílias de escravos, marido, mulher, filhos.

A Igreja, ante a qual todos são iguais(193), sanciona e legitima esses matrimônios(194), embora por séculos fosse a escravidão impedimento dirimente do casamento(195).

O Direito Civil, porém, quase nenhuns efeitos, em regra, lhes dá(196), com quanto reconheça o fato e o sancione implicitamente pela recepção das leis da Igreja(197). Continuam marido, mulher e filhos a ser propriedade do senhor(198).

As modificações mais importantes, quanto a esses efeitos, só podem dar-se, quando sobrevém alforria voluntária ou legal, como teremos ocasião de ver, e já o prevenimos acima. O cônjuge liberto poderia resgatar a liberdade da família (mulher e filhos), e assim adquirir todos os direitos respectivos em sua plenitude(199).

Art. IV. — *Propriedade. — Pecúlio.*

§31.

O escravo nada adquiria, nem adquire, para si; tudo para o senhor. Tal era o princípio do Direito Romano(200); fossem direitos reais, desmembrações da propriedade, créditos, legados, herança, posse, ainda que sem ciência e consentimento do senhor(201).

§32.

Entre nós tem sido recebida e praticada aquela regra,

sem que todavia se hajão admitido todos os modos de aquisição sancionados por aquele direito, já porque alguns são fundados em sutilezas e razões peculiares do povo Romano, e portanto inaplicáveis ao nosso estado, já porque outros são exorbitantes e contrários a princípios de nossa legislação e direito consuetudinário(202); termos em que tais leis Romanas não podem ser adotadas como direito subsidiário.

§33.

Por exceção, porém, adquiria o escravo para si em vários casos, v. g. legado de alimentos(203), o pecúlio(204).

Pecúlio diz-se tudo aquilo que ao escravo era permitido, de consentimento expresso ou tácito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimonio do próprio senhor(205).

Mas, em regra, era-lhe proibido dispor(206); exceto o *escravo público* ou da Nação, que podia por testamento dispor de metade do pecúlio(207), direito que foi no Império do Oriente ampliado por lei de Leão o Sábio, que concedeu aos escravos do domínio Imperial a faculdade de disporem livremente em vida ou por morte de todo o seu pecúlio(208).

A legislação Romana fornece neste assunto cópia preciosa de subsídio ao nosso direito(209).

§34.

Entre nós, nenhuma lei garante ao escravo o pecúlio; e menos a livre disposição sobretudo por ato de última vontade, nem a sucessão, ainda quando seja escravo da Nação(210).

Se os senhores toleram que, em vida ou mesmo causa mortis, o façam, é um fato, que todavia deve ser respeitado(211).

No entanto conviria que algumas providências se tomassem, sobretudo em ordem a facilitar por esse meio as manumissões e o estabelecimento dos que se libertassem(212).

Os nossos Praxistas referem mesmo como aceitos ou aceitáveis alguns princípios a esse respeito. Alguns casos de pecúlio dos escravos se acham assim compendiados em o Universo Jurídico do Padre Bremeu(213), quais são, v. g.: 1.º o de ajuste com o próprio senhor, pelo qual fosse o escravo obrigado a dar-lhe um certo jornal; o excesso seria do escravo; 2.º se o senhor expressa ou tacitamente convém em que o escravo adquira para si alguma cousa; 3.º se alguma cousa for doada ou legada ao escravo com cláusula expressa ou tácita de que seja exclusivamente sua, e não do senhor, à semelhança do que dispõe o direito acerca dos filhos sujeitos ao pátrio poder mesmo quanto ao usufruto, e em outros casos análogos; não obstante a opinião contrária, que entende nula tal cláusula; 4.º se o escravo aumentar o seu pecúlio ou naturalmente ou industrialmente; 5.º se ao escravo for dada ou legada alguma cousa em atenção ao próprio escravo e não ao senhor; 6.º se o escravo, poupando os seus alimentos, os converte em valores ou bens; 7.º se ao escravo se manda pagar alguma indenizacão por alguma ofensa recebida; sepelo senhor, a sua importância pertence ao escravo; se por estranho, divergem, com quanto se deva decidir que pertence ao escravo.

Recentemente o Governo tem tomado algumas medidas naquele intuito. É assim que hoje é permitido aos escravos entrarem, de consentimento dos senhores, para o — Seguro Mútuo de Vidas —, criado nesta Corte(214). Bem como a respeito dos escravos da Nação a serviço na fábrica de ferro de S. João de Ipanema em S. Paulo, na da pólvora na Estrela (Rio de Janeiro), no Arsenal de guerra da Corte, se dispôs favoravelmente em diversas Instruções, arbitrando-se-lhes salários, constituindo-se-lhes assim um pecúlio, cujo destino

principal é a própria emancipação dos que se fizerem dignos(215).

Não é raro, sobretudo no campo, ver entre nós cultivarem escravos para si terras nas *fazendas* dos senhores, de consentimento destes; fazem seus todos os frutos, que são seu pecúlio. — Mesmo nas cidades e povoados alguns permitem que os seus escravos trabalhem como livres, dando-lhes porém um certo jornal; o excesso é seu pecúlio: — e que até vivam em casas que não as dos senhores, com mais liberdade(216).

§35.

Entre os Romanos, encontravam-se com freqüência no pecúlio do escravo alguns outros escravos, que eram denominados *vicarii* para distingui-los dos *ordinarii*: o que fazia ainda muito mais complicadas as relações respectivasdos mesmos entre si, com os senhores, e com terceiros(217). Isto, porém, nenhuma aplicação tem tido no Brasil(218).

Art. V. — *Obrigações.*

§36.

Era, e é a regra, — *que, por Direito Civil, o escravo nem se obriga nem obriga ao senhor ou terceiros*(219). *Nem, mesmo depois de liberto, responde pelos atos praticados enquanto escravo*(220).

§37.

Mas estes princípios sofriam, e sofrem exceções e modificações.

Quanto ao direito Natural, a lei reconhecia que o escravo contrai obrigações, assim como adquire direitos por virtude de

contratos, quase contratos, delitos, e quase delitos(221). Porém negava, por via de regra, *ação* para os fazer valer pessoalmente, quer a seu favor, quer contra ele(222). Em alguns casos todavia, isto se modificava. Assim:

1.º em relação ao pecúlio, o escravo era considerado como pessoa livre, mesmo para com o senhor; e, segundo o Direito Pretório, podia fazer valer os seus direitos, regulando-se as dívidas entre senhor e escravo na *forma ordinária* ou geral(223). Ainda mais, liberto podia fazê-los valer pelos efeitos civis, embora a obrigação fosse natural(224). — O senhor, igualmente, podia pela obrigação natural contraída pelo escravo fazer valer indiretamente contra o mesmo, quando liberto, os seus efeitos(225); e se a obrigação era contraída para obter a alforria, uma lei de Alexandre Severo dava ao senhor a ação *in factum*(226).

2.º Ainda, nas relações com o senhor, embora o escravo o não pudesse demandar em Juízo(227), por exceção o podia fazer *extra-ordinem* para obter sua manumissão, ajustada, convencionada, ou por outros modos cometida ao senhor ou por este prometida(228).

3.º Nas relações com terceiros, era a regra que o senhor não era responsável pelos contratos ou quase-contratos do escravo; este, porém, contraía obrigação natural(229). Mas o Direito Pretório, e mais tarde o Direito Civil, modificou isto, dispondo o seguinte: 1.º que, quando o escravo obrasse em qualidade de *mandatário* do senhor, ou mesmo como *gestor* mas aprovado ou ratificado o ato, fosse o senhor obrigado pela totalidade; compreendendo-se nesta disposição os mandatos especiais, como de preposto à navegação, ao comércio(230); 2.º, que o fosse igualmente, quando do ato do escravo viesse proveito ao senhor(231); 3.º que, em relação ao pecúlio, o senhor fosse obrigado dentro das forças do mesmo(232); 4.º que ainda

nessas relações entre terceiros, senhor, e escravo quanto ao pecúlio, no caso em que fosse este empregado no comércio, se desse ação entre os credores e o senhor para seu pagamento(233); 5º que contra os terceiros podia o senhor intentar diversas ações, já para fazer valer os seus direitos dominicais(234), já pelas aquisições provenientes dos escravos como instrumentos delas, e pelos fatos e obrigações que contraísse obrigando-o(235), já por delitos contra os seus escravos(236), já por corrompê-los(237), e acoutar os fugidos(238); 6.º que nos delitos do escravo contra terceiros, embora fosse ele obrigado *naturalmente* e esta obrigação o acompanhasse mesmo depois de liberto(239), o senhor ficava todavia sujeito a pagar o dano(240).

§38.

Entre nós, muitas destas relações ainda se observam de fato; e assim muitas dessas regras do Direito Romano têm toda a aplicação, prescindindo porém sempre do que era instituição peculiar daquele povo, assim como de suas sutilezas.

A matéria tão complicada e intrincada dos pecúlios dos escravos não nos atormenta. Será raro o caso em que alguma questão se mova em Juízo a tal respeito, atenta a constituição da escravidão no nosso país, e as restrições que os nossos costumes, e organização social quanto ao elemento servil, têm introduzido.

Todavia, quanto a outros fatos, o mesmo se não pode dizer. Não é pouco freqüente, por exemplo, ver escravos encarregados pelos senhores de exercerem atos pelos mesmos, como seus prepostos, feitores, administradores, e semelhantes. De modo que, em tais casos, aquelas disposições poderão ser aplicáveis.

As questões mais freqüentes, entre nós, são as que se referem ao *estado* de *livre* ou *escravo;* e das quais nos

ocuparemos em lugar oportuno.

Art. VI. — *Estar em Juízo. — Testemunhar.*

§39.

Em matéria criminal, já o dissemos em outro lugar(241). — A lei permitia que pudesse o escravo, maior de 25 anos, alegar defesa pelo réu ausente(242).

§40.

Em matéria civil, o Direito Romano *negava,* em regra, *ao escravo o direito de figurar em Juízo — stare in jure vel in judicio*(243), *mesmo contra o senhor*(244).

Todavia, em alguns casos lhe era isto permitido, e sobretudo quando tratasse de sua liberdade, quer em relação ao senhor, quer em relação a terceiros(245); quando, igualmente, o senhor o seviciava, e ele pedia ser vendido *bonis conditionibus*(246) — Os Juízes vinham em auxílio do escravo *extra-ordinem,* segundo a expressão dos Jurisconsultos(247).

O escravo não podia ser testemunha(248). Exceto: 1.º se era tido geralmente por livre; o ato não era nulo(249); 2.º quando a verdade se não podia descobrir por outro modo(250); 3.º quando submetido à tortura, nos casos em que era permitido(251).

§41.

Os mesmos princípios, abstração feita do que era peculiar aos Romanos, são aplicáveis entre nós. — O escravo não pode estar em Juízo; exceto: 1.º nas causas espirituais, v. g. sobre matrimônio; 2.º nas concernentes à sua liberdade; 3.º nas que forem de evidente interesse público(252). — Igualmente não

pode ser testemunha, exceto: 1.º se é havido geralmente por homem livre; 2.º se a verdade se não pode provar de outro modo; 3.º como informante(253).

Art. VII. — *Regras de interpretação. — Favor à liberdade.*

§42.

Partindo da idéia capital de que o escravo é também um *homem,* uma *pessoa,* os Jurisconsultos romanos, e as próprias leis pronunciaram sempre e recomendaram todo o favor e equidade a maior possível na aplicação do Direito. Começaram eles mesmos por desconhecer a *legitimidade* da escravidão, definindo ser *contra a natureza*(254), visto como por Direito Natural *todos nascem livres, todos são iguais*(255). E coerentemente estabeleceram princípios, axiomáticos se pode dizer, em favor da liberdade, embora rompessem as regras gerais do Direito. — Apontaremos alguns.

A liberdade é cousa sem preço, isto é, que se não pode comprar, nem avaliar em dinheiro(256).

Nada há mais digno de favor do que a liberdade(257).

A bem da liberdade muitas cousas se determinam contra o rigor do Direito(258).

O favor da liberdade muitas vezes exprime a idéia mais benigna(259).

Sempre que a interpretação é duvidosa, deve decidir-se a favor da liberdade(260).

No que for obscuro se deve favorecer a liberdade(261).

Nas questões de liberdade deve ser preferido o escrito

mais favorável a ela, quando mesmo não seja o mais moderno(262).

Em igualdade de votos, deve-se julgar a favor da liberdade(263).

Do mesmo modo, quando as testemunhas forem contrárias e favoráveis em número igual(264).

Não pode a liberdade ser julgada por árbitros, e sim por Juízes de maior categoria(265).

No conflito de um interesse pecuniário e da liberdade, prevalece esta(266).

A sentença a favor da liberdade é irrevogável(267).

Ainda outras decisões se encontram espalhadas e aplicadas no extenso Corpo deDireito Romano, que seria enfadonho estar a compilar. Oque fica referido dá idéia satisfatória; e melhor o *espírito* que presidiu às reformas, sobretudo de Justiniano, e nas quais coube grande parte e glória ao Cristianismo(268).

§43.

Nossas leis hão constantemente recomendado, desde tempos antigos, todo o favor à liberdade. A Lei autorizava mesmo a desapropriação de um escravo Mouro para trocar por um Cristão cativo em poder dos Infiéis; e em tese reconhece que — *muitas cousas são constituídas em favor da liberdade contra as regras gerais do Direito*(269). Reconhece igualmente, *em princípio,* que a escravidão é *contrária à lei natural(270): — Que são mais fortes e de maior consideração as razões que há a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativeiro*(271): — *Que a liberdade é de Direito Natural(272): —*

Que a prova incumbe aos que requerem contra a liberdade, porque a seu favor está a presunção plenissima de Direito(273): — Que nas questões de liberdade não há alçada, quer dizer, não há valor que iniba de interpor todos os recursos a seu favor(274).

Outras ainda se lêem em várias leis e decisões(275). SEÇÃO

2.ª — QUESTÕES VÁRIAS SOBRE ESCRAVIDÃO Art. I.

— *Direitos Dominicais.*

§44.

Por isso que o escravo é reputado *cousa,* sujeito ao *domínio* (dominium) de seu senhor, é por ficção dalei subordinado às regras gerais da propriedade. Enquanto *homem* ou *pessoa* (acepção lata), é sujeito ao *poder* do mesmo (potestas) com suas respectivas conseqüências. — Em todos os países assim tem sido. E os Romanos nos fornecem uma abundante fonte de determinações a respeito(276).

§45.

O senhor tem o direito de auferir do escravo todo o proveito possível, isto é, exigir os seus serviços gratuitamente pelo modo e maneira que mais lhe convenha(277).

Em compensação, corre-lhe a obrigação de alimentar, vestir, curar do escravo, não se devendo jamais esquecer de que nele há um ente humano(278).

Não pode, todavia, o senhor exigir do escravo atos criminosos, ilícitos, imorais(279).

§46.

Entre os escravos, quanto à sua condição, não há diferença(280). Mas, quanto aos serviços, grande era e é a sua variedade(281).

Mas isto não quer dizer que, absolutamente falando, desde a liberdade plena até esse extremo de sua negação, não possam haver modificações. O próprio Dir. Rom. antigo o reconhecia(282). O Dir. Rom. novo alentou o *colonado*, transição para a emancipação dos escravos(283): o Direito feudal a *servidão da gleba,* os *servos adscriptícios*(284).

Prescindindo, porém, desta digressão que para nós não tem interesse imediato, aquele princípio geral deve ser recebido como tese. Ante a lei estão todos em pé de igualdade enquanto escravos(285).

§47.

Pelo direito de propriedade, queneles tem, pode o senhor alugá-los, emprestá-los, vendê-los, dá-los, aliená-los, legá-los, constitui-los em penhor ou hipoteca, dispor dos seus serviços, desmembrar da nua propriedade o usufruto, exercer enfim todos os direitos legítimos de verdadeiro dono ou proprietário(286).

Pode, igualmente, impor nos contratos ou nos atos de última vontade, assimcomo aceitar, todas as condições e cláusulas admissíveis quanto aos bens em geral; salvas as exceções de Direito especiais à propriedade — escravo —(287).

Como propriedade pode o escravo ser *objeto* de seguro(288).

§48.

No nosso Direito atual, a venda de escravo, troca, e

dação *in solutam,* por preço excedente a 200$000, deve ser essencialmente feita por escritura pública, pena de nulidade do contrato(289). — E é sujeita ao selo proporcional(290), e ao imposto(291). — A escritura pode ser lavrada indistintamente por Tabelião, por Escrivão do Cível, ou pelo Escrivão do Juízo de Paz(292), independente de distribuição(293).

§49.

A hipoteca de escravos não pode hoje recair senão sobre os que pertencerem a estabelecimentos agrícolas, com tanto que sejam especificados no contrato, e só conjuntamente com tais imóveis como acessórios destes, do mesmo modo que os animais(294).

O penhor, ao contrário, que o Cod. de Com. art. 273 havia proibido que se constituísse sobre escravos, quando mercantil, foi indistintamente permitido(295).

A hipoteca deve ser feita essencialmente por escritura pública, e devidamente registrada(296).

O penhor dos que pertencerem a estabelecimentos agrícolas, com a cláusula *constituti,* deve ser transcrito ou registrado(297).

§50.

A doação *inter vivos,* para ser válida, deve ser feita por escritura pública e insinuada, nos casos em que isto é exigido por Direito(298). É sujeita a selo proporcional(299); e a insinuação ao imposto respectivo(300).

Se for *causa mortis*, deve constar de escrito com cinco testemunhas(301). Mas é isenta de insinuação, e do respectivo imposto(302). Equiparada, porém, a legado, é sujeita à taxa

respectiva, quando se verificar pela morte do doador(303). Se se transfere *logo* o domínio, ou se o doador renuncia ao direito de a revogar *ad nutum,* deixa de ser *causa mortis*(304).

§51.

O escravo como propriedade passa por sucessão ou por testamento, do mesmo modo que os outros bens do defunto senhor(305). E os impostos sobre as heranças e legados lhes são extensivos da mesma maneira(306).

§52.

Como propriedade é ainda o escravo sujeito a ser seqüestrado, embargado ou arrestado, penhorado, depositado, arrematado, adjudicado(307); correndo sobre ele todos os termos sem atenção mais do que à propriedade no mesmo constituída(308). A arrematação é feita em hasta pública(309); e, nos negócios mercantis, pode sê-lo em leilão(310).

§53.

Ainda mais, nas Cidades e Vilas é lançado sobre os escravos como propriedade um imposto, denominado *taxa*, que, sendo a princípio de 1$000 por cabeça maior de 12 anos, hoje é de 4$000(311).

§54.

A respeito da venda dos escravos, os Romanos admitiram, bem como sobre a dos animais, a *ação redibitória,* e a *quanti minoris* ou *æstimatoria,* das quais a primeira prescrevia em 6 meses, e a segunda em um ano(312).

Estas ações passaram para as nossas leis, e se acham em vigor, nos termos da Ord. Liv. 4.º, Tit. 17, com as mesmas

prescrições(313).

Deve-se e é essencial distinguir o *vício de ânimo* do *físico*, os *defeitos patentes* dos *ocultos*(314).

Se havidos por doação, não tem lugar tais ações; mas só quando por qualquer título oneroso de transmissão do domínio(315).

Convém ainda observar que, vendidos conjuntamente bons e maus, sãos e doentes, não se podem separar; bem como não se podem separar os filhos dos pais, os irmãos, os cônjuges; o vendedor pode opor-se, e reavê-los todos restituindo o preço ao comprador(316).

E quanto aos filhos das escravas havidos depois da compra? Parece conseqüente que eles acompanhem as mães; aliás viria o vendedor a ser lesado, locupletando-se o comprador à sua custa, ficando com eles gratuitamente(317).

§55.

Embora o escravo fosse objeto venal, sujeito a preço ou valor, todavia os Jurisconsultos, por dignidade humana, decidiam que — o homem não era objeto de comércio(318); nem denominavam comerciantes (*mercatores*) os que faziam profissão de comprar e vender escravos, e sim *mangones* ou *venalitiarii*(319), os quais eram mal vistos na sociedade(320).

Entre nós, podemos igualmente dizer que o escravo, como homem, não é objeto de comércio; eassim se deve entender o nosso Código Comercial no art. 191(321). — Igualmente, por honra da humanidade e da nossa civilização, os impropriamente denominados *negociantes de escravos* ou antes *traficantes* (tanganhão ou tangomão) são mal considerados na nossa sociedade, e pela própria classe dosverdadeiramente

negociantes ou comerciantes, que os repelem do seu grêmio(332).

§56.

Entre as condições e cláusulas, que o senhor podia estipular, algumas eram notáveis. As condições suspensivas ou resolutivas, casuais, potestativas, e mistas. assim como outras cláusulas de Direito, que se podiam adjectar aos contratos sobre a propriedade, eram, por via de regra, igualmente admissíveis em relação aos que versassem sobre os escravos(323).

Mas o escravo era homem: o senhor podia estipular contra ou a favor do mesmo. — Assim, em razão de sua própria segurança, podia o senhor exigir que o comprador lhe não consentisse residir em certo lugar, ou que o levasse para fora da cidade ou da província: a lei garantia a observância da cláusula, e dava ao vendedor o direito de reaver o escravo, ou pedir a pena quando esta fosse estipulada, no caso de inobservância, exceto se o vendedor relevasse(324); em falta de estipulação, dava-se a ação *ex-vendito* em atenção a que por aquele fato o senhor tinha vendido o escravo por preço inferior(325). — O vendedor podia estipular, ao contrário, que o escravo não fosse mandado para fora *por castigo:* isto se deveria observar(326). — O vendedor podia estipular que o escravo vendido não fosse libertado (*ne manumittatur*): se o comprador infringia, o escravo não era livre(327). — Podia, inversamente, ajustar que o escravo vendido fosse liberto ou logo ou em certo prazo (*ut manumittatur*): devia cumprir-se, e a lei mantinha a liberdade(328). — Podia, também, dispor, em favor da honestidade da escrava, que ela não fosse prostituída (*ne prostituatur*): se se infringia, a escrava ou adquiria a liberdade, ainda que houvesse também a cláusula de reverter ao vendedor, por favor à primeira(329), ou voltava ao poder do vendedor, se tal se ajustasse *simplesmente*(330); e caso, assim voltando a este,

fosse por ele prostituída, era declarada livre, e Romana(331), perdendo até o senhor os direitos de patrono(332). No caso de semelhante infração, se alguma outra pena se adjectava, o vendedor podia reclamá-la, não obstante ser a escrava declarada livre; e, em falta, podia usar da ação *ex-vendito* em atenção ao preço de estimação(333).

O que mais complicava os diversos contratos eram as cláusulas relativas à liberdade. Mas o Direito, e a Jurisprudência, resolviam, em geral, a favor desta.

§57.

Todas essas, e outras correlativas disposições, tão sensatas, são, por via de regra, aceitáveis como Direito subsidiário nosso. — Porém há algumas exceções ou restrições a fazer, no que diz respeito à liberdade principalmente, como teremos ocasião de ver. Desde já cumpre consignar que a cláusula — *ne manumittatur* — não deve ser recebida(334), reputando-se conseguintemente nula ou não escrita; porquanto ela se resente das sutilezas dos Romanos, da sua organização peculiar e própria, e se opõe ao espírito geral do nosso Direito atual, é ofensiva da humanidade, da latitute mesmo do direito de propriedade que passa para o comprador, contrária às idéias cristãs, da civilização moderna, do bem público enfim que aconselha e exige que as manumissões se facilitem e multipliquem em ordem e vista de se ir extinguindo o gravíssimo e bárbaro mal da escravidão.

Art . 2.º — *Condomínio. — Aquisições. — Filhos.*

§58.

Um escravo ou vários escravos podem pertencer a dois ou mais senhores em comum, à semelhança do que sucede com os bens imóveis ou quaisquer outros. — Este fato importa

modificação nos direitos de cada um dos condôminos, que podem achar-se em colisão ou conflito no seu exercício; o que sucede mais freqüentemente nas manumissões, de que trataremos em lugar oportuno.

§59.

Quanto ao serviço do escravo comum, se não é possível que ele o preste a todos simultaneamente, ou quando não esteja em serviço comum, cumpre que ou seja alugado para se repartir o preço, se não chegarem a acordo sobre venderem a um só d'entre si ou a terceiro, ou de trocarem por outros bens(335), ou que aquele dos condôminos que se sirva do escravo ou seja preferido, pague aos outros a quota razoável de aluguel correspondente aos seus quinhões(336).

§60.

Os filhos das escravas é claro que pertencem igualmente em comum a todos(337).

§61.

Nas aquisicões que faziam os senhores por intermédio dos escravos, segundo o Direito Romano, a regra era que *adquiriam pro portione dominica*(338); e presumia-se adquirir para todos os condôminos(339): — exceto quando evidentemente a aquisição só podia aproveitar a um(340), ou quando o escravo estipulava nomeadamente (*nominatim*) por um(341), ou quando era exclusivamente por um encarregado de negócio seu próprio e não comum(342). — Doutrina aceitável entre nós(343).

§62.

Na indenização do dano por delito cometido por escravo comum, parece coerente que todos respondam, porém segundo

unicamente a quota ou valor que no mesmo tenha cada um(344).

§63.

Cada condômino pode alienar ou dispor como quiser, segundo as regras gerais, da sua quota no escravo, por título oneroso ou gratuito, entre vivos ou de última vontade(345). — Os impostos são cobrados na mesma proporção(346) — A hipoteca, porém, nos casos em que é admissível hoje sobre escravos(347), não pode ser constituída em quotas dos mesmos, por ser indivisível o objeto(348).

Mas nessa alienação ou disposição deve-se ter em vista que, importando o condomínio de algum modo recíprocas restrições e modificações ao exercício dos direitos de cada condômino, não pode ser tal, que nulifique o direito dos outros ou o seu exercício(349). — A bem da liberdade, no entanto, a lei faz exceção(350).

Art. III. — *Usofruto. — Aquisições. — Filhos.*

§64.

O senhor pode desmembrar da nua propriedade o usufruto, e dispor de um e de outro, em vida ou por morte. É mesmo fato freqüente.

§65.

O usufrutuário tinha, por Direito Romano, o direito aos serviços e a todas as vantagens que o escravo pudesse prestar; podia até alugá-lo(351). Percebia, portanto os serviços, e frutos civis, adquirindo assim *ex re sua* ou *ex operis servi*(352).

As outras aquisições eram em benefício do nu proprietário, porque o escravo não é destinado para

fazê-las(353): exceto se essas aquisicões eram em *contemplação* do usufrutuário(354).

Esta matéria segundo a legislação Romana era muito complicada, nas relações de usufrutuário e nu proprietário, de dois ou mais usufrutuários em comum, e com o próprio escravo em razão do seu pecúlio(355).

Ao usufrutuário era facultado castigar o escravo moderadamente(356).

§66.

O uso ou *jus utendi* não dava direitos tão amplos, e apenas aos serviços(357).

§67.

O trabalho ou *operae servorum* participava de ambos, conquanto tivesse suas diferenças(358).

§68.

O *possuidor de boa fé* era equiparado ao usufrutuário; adquirindo, portanto, do mesmo modo(359).

§69.

No caso em que o escravo em usufruto cometa delito, responde o proprietário ou dono até o seu valor(360). — Mas, se for o escravo o ofendido ou morto, o usufrutuário tem direito à indenização respectiva, sem prejuízo da que for devida ao nu proprietário(361).

§70.

Uma grave questão se levanta relativamente aos filhos

das escravas que estão em usufruto a alguém. A quem pertencem? Foi esta velha questão longamente debatida entre os Jurisconsultos Romanos, vacilando Scevola e outros, atribuindo-os ora ao usufrutuário como frutos à semelhança das *crias dos animais,* ora ao nu proprietário: até que prevaleceu a opinião de Bruto, que era a segunda(362).

Esta decisão não teve, porém, por verdadeiro fundamento a razão que se lê em alguns textos do Direito de se não deverem considerar frutos os filhos das escravas por isso que não pode ser fruto o homem, para quem todos os frutos foram criados(363). Mas sim a que se lê em outro texto(364), que o usufrutuário só pode pretender os *frutos propriamente ditos;* ora, *as escravas não são destinadas para dar filhos,* e só para trabalhar(365). É uma razão de dignidade humana, pela qual repugna igualar a mulher, embora escrava, a uma jumenta ou outro animal semelhante(366).

§71.

E se a escrava é dada a herdeiro obrigado à colação, devem os filhos ser trazidos a ela do mesmo modo que a mãe? — É questão melindrosa. Quanto aos nascidos depois do falecimento do doador, não há dúvida que devem sê-lo(367). Mas, quanto aos nascidos durante a vida do mesmo, mais difícil é a solução. Se o herdeiro fosse simples usufrutuário (como pode acontecer, segundo os termos da concessão), seria fora de dúvida que os filhos das escravas deviam ser trazidos à colação, por lhe não pertencerem(368). Se porém, ele não é simples usufrutuário, parece que, não obstante haver adquirido o domínio, e poder mesmo alienar(369), é todavia obrigado a conferir também os filhos das escravas como acessórios que acompanham a condição e sorte do ventre(370); a doação, em tal caso, traz consigo a cláusula implícita da sua suspensão, e mesmo da resolução da propriedade, se se verificar na época

competente que excede as forças do doador e ofende as legítimas dos co-herdeiros(371);

§72.

Quais os feitos da alforria conferida pelo nu proprietário, e pelo usufrutuário, veremos adiante(372).

Art. IV. — *Usucapião, ou prescrição. — Reivindicação e outras ações. — Arrecadação de escravos de heranças ou bens de defuntos e ausentes, vagos, do evento.*

§73.

O escravo, como propriedade, é sujeito a ser adquirido por usucapião ou prescrição, desde que acede *posse titulada,* em *boa fé,* por mais de *três* anos, *mansa e pacífica*(373).

O Direito Romano abria exceção a respeito do *escravo fugido,* porque este se roubava a si mesmo e assim lhe obstava a *má fé*(374); exceto se alguém o adquiria e possuía por mais de 30 anos(375).

§74.

Por prescrição ninguém é feito escravo; por maior que seja o lapso de tempo, não se perde por esse fato a liberdade. — Esta, porém, se adquire por prescrição(376).

§75.

O senhor pode fazer valer contra o possuidor ou detentor do seu escravo todas as ações que seriam e são competentes a respeito das demais propriedade, v. g., a reivindicação(377). — Bem como contra o próprio escravo para o sujeitar ao seu poder(378).

§76.

Como objeto de propriedade, pode ainda o escravo ser arrecadado, na forma das disposições vigentes, como bem do evento, vago, ou pertencente à herança de defuntos e ausentes(379).

§77.

Quanto à questão prejudicial de *escravidão,* como ela se prende à de *liberdade,* diremos em ocasião mais apropriada.

SEÇÃO 3.ª. — TERMINAÇÃO DO CATIVEIRO.

Art. I. — *Modos de findar o cativeiro.*

§78.

A escravidão pode terminar; 1.º pela morte natural do escravo(380); 2.º pela manumissão ou alforria(381); 3.º por disposição da lei(382).

§79.

Entre os Judeus, o cativeiro era temporário; findava para os nacionais no ano sabático(383), e para os estrangeiros naturalizados hebreus, e em geral para todos, no jubileu(384).

Reconheciam, além disto, como legítimas outras causas para se obter a liberdade, quer por ato do senhor, quer por virtude da Lei, por ex.: — unir-se em matrimônio ou tomar por concubina, mesmo cativa na guerra(385), ofender o senhor ao escravo, fazendo-lhe perder um olho, um dente, ou mutilando-o por modo semelhante(386).

§80.

Todos os povos, antigos e modernos, hão consagrado com mais ou menos latitude a faculdade de extinguir-se a escravidão por manumissão ou alforria, e por disposição da lei. Além dos Judeus, os Gregos sobretudo os Atenienses, os Romanos, na antigüidade, nos ministram exemplos irrecusáveis; e nos tempos modernos, todas as Nações Cristãs, cuja legislação se foi modificando, a ponto de abolirem a escravidão, e até mesmo a servidão; de sorte que, hoje, se pode asseverar que em terras de Cristãos não há escravidão senão no Brasil, e algumas possessões de Portugal e Espanha(387).

Prescindindo, porém, deste histórico e da legislação respectiva, remontemos aos Romanos, de cujo Direito nos teremos de socorrer muitas vezes como subsidiário ao nosso, mas bem entendido, segundo o uso moderno, quando conforme à boa razão, ao espírito do Direito atual, às idéias do século, costumes e índole da Nação(388).

§81.

Pelo Direito antigo apenas se podia, em Roma, obter a liberdade por três modos solenes, a saber, a inscrição no censo, a vindicta, o testamento(389).

Pelo *censo,* a que se procedia de cinco em cinco anos sobretudo para a estatística da população, se o escravo, de consentimento do senhor, se inscrevia como cidadão(390).

Pela *vindicta,* se o escravo acompanhado de seu defensor (adsertor libertatis) se apresentava ante o magistrado, e o defensor reclamava a liberdade; presente o senhor e não contradizendo, o magistrado o declarava livre; havia a cerimônia ou formalidade de ser tocado com a vara (vindicta) ou pelo defensor ou pelo magistrado(391).

Pelo *testamento,* quando era nele deixado livre pelo

senhor, ou instituído herdeiro ou legatário mas ao mesmo tempo declarado livre(392).

Era, além disso, necessário que o senhor tivesse o *domínio quiritário.* — O Direito Pretório, porém, salvava *de fato* a liberdade. E a Lei Junia-Norbana modificou aquele rigor do antigo Direito, e garantiu as manumissões, declarando que ficavam *latinos* os libertos por *modos não solenes*(393).

Estes modos *não solenes* foram introduzidos com o correr dos tempos. Tais eram: 1.º *per epistolam* (por carta), quando o senhor declarava por escrito que dava a liberdade: nenhuma formalidade era aprincípio exigida(394); 2.º *inter amicos*, isto é, mesmo sem escrito algum, e apenas *verbalmente* ante *testemunhas* (amicos) em número de cinco(395); 3.º *per convivium,* quando o senhor admitia à sua mesa ante testemunhas o escravo, pois à mesa só podia estar com o senhor pessoa livre(396); 4.º *per nominationem,* se o adotava, ou mesmo tratava por *filho* em algum ato público(397); 5.º em geral, por qualquer outro modo, de que resultasse, ainda *tácita* ou *conjecturalmente,* ser a intenção do senhor libertar o escravo(398).

O *censo* caiu em desuso em Roma desde Vespasiano. Mas Constantino, imperador cristão, substituiu esse modo pela *manumissão solene ante a Igreja* (*in SS. Ecclesiis*), como já era costume, mediante certas formalidades, de consentimento do senhor, reduzindo-se a escrito em que este assinava com testemunhas(399).

A *vindicta* conservou-se, porém já sem as formalidades antigas; bastando que o senhor declarasse ante qualquer magistrado a sua vontade de que o escravo fosse livre(400).

O *testamento* igualmente, dispensada a necessidade de expressa e direta manumissão; bastando, pois, que o senhor o

fizesse de modo tácito ou presuntivo(401).

A maior reforma é de Justiniano, que aboliu absolutamente a diferença entre domínio *quiritário* e *bonitário*(402), e conseguintemente a distinção de modos *solenes* e *não solenes* de manumissão (403).

Esta distinção tinha, no entanto, importância real entre os Romanos; porquanto só os libertos por modo solene eram *cives romani*(404); os outros eram *latini* ou *latini-juniani* (Lei Junia-Norbana). — Os *dedititii, peregrini* (L. Ælia Sentia) eram os libertos que, quando escravos, haviam sido açoitados, ou marcados no rosto, ou punidos com alguma outra pena infamante(405). — Havia grande diferença de uns para os outros, sendo os *Romani os* mais favorecidos; logo depois os *latini;* e em último lugar os *dedititii* ou *deditiorum numero*(406).

Mas Justiniano aboliu também todas essas distinções e deu a todos igualdade de posição como *cives romani*(407).

Outras muitas reformas ainda introduziu o mesmo Imperador; delas daremos notícia nos lugares apropriados.

§82.

Do que fica exposto se deve concluir que, entre nós também, não há nem deve haver diferença essencial nos modos de manumissão. — Nem temos essa variedade de libertos(408), de que demos notícia em relação a Roma até o tempo de Justiniano(409).

Por qualquer modo, pois, que a liberdade seja conferida ao escravo, solene ou não, direta ou indiretamente, expressa ou tacitamente ou mesmo em forma conjectural ou presumida, por atos entre vivos ou de última vontade, por escrito público, particular, ou ainda sem eles, a liberdade é legitimamente

adquirida; e o escravo assim liberto entra na massa geral dos cidadãos, readquirindo a sua capacidade civil em toda a plenitude, como os demais cidadãos nacionais, ou estrangeiros(410). — Está entendido que, quando isto dizemos, é em tese, cujo desenvolvimento daremos em outros lugares; assim como quais os direitos políticos e civis dos libertos, e suas relações com os patronos.

Os modos mais comuns no Brasil são: 1.º a *carta,* ainda que assinada somente pelo senhor ou por outrem a seu rogo, independente de testemunhas(411); 2.º o *testamento* ou *codicilo*(412); 3.º a *pia batismal*(413).

Art. II. — *Terminação voluntária da escravidão.*

§83.

Por ato voluntário do senhor pode o escravo ser restituído à liberdade. É o que se diz propriamente manumissão (manumissio), alforria. — Pode ser entre vivos ou por morte do senhor; no que tem este ampla faculdade, em geral, a bem da liberdade, protegida pelas leis com inúmeros favores(414).

§84.

Quanto ao *modo* ou *forma,* é indiferente, como vimos. Por tal maneira que, ainda mesmo em ato solene, qual v. g. o testamento, se este não pode valer por inobservância de formalidades externas ou por outros motivos, essa nulidade não afeta nem prejudica as liberdades nele conferidas, se puderem manter-se por algum outro fundamento(415). Não a prejudica, igualmente, a falta de escritura pública; toda a prova é admissível, seja qual for o valor pecuniário(416)

§85.

O mesmo já se não pode dizer, quando há nulidade visceral ou radical, que afete o ato, quer entre vivos, quer de última vontade. Esse vício anula, em regra, as liberdades, por se deverem entender não conferidas(417). Tais são a falsidade, o erro substancial, a ausência de vontade, a violência ou coação, a incapacidade no manumissor, e outras semelhantes(418).

Mas ainda aqui a lei favorece as liberdades. Assim, posto que falso o título, o testamento, por ex., se o herdeiro ou legatário libertou o escravo, não volta este ao cativeiro; há apenas lugar à indenização(419); se o erro não é essencial, igualmente(420); se o senhor é coagido, não pelo escravo, nem pelo povo, nas manumissões por modo não solene, era válida a manumissão, por Dir. Rom.(421); se o menor incapaz de libertar, exceto por justa causa, iludia, nem por isto deixava de ser valiosa a manumissão(422).

§86.

Por via de regra, ninguém pode forrar senão o seu próprio escravo, como dispunha já o Dir. Romano(423), e se lê no nosso(424). — Mas, a bem da liberdade, em alguns casos se podia por aquele Direito dispor em favor do escravo alheio, tais como: 1,º se o escravo é vendido com a cláusula de ser libertado pelo comprador(425); obrigado este a cumpri-lo, todavia ficava sendo seu patrono, ainda que coagido por sentença(426); disposição extensiva ao caso da doação ou título gratuito(427); e de tal força, que a mudança de vontade não prejudica a liberdade(428); 2.º se por algum ato, sobretudo de última vontade, alguém dispõe a favor de escravo alheio; entende-se em forma fideicomissária(429); 3.º se o legatário, ou herdeiro, ou beneficiado aceita o legado, herança, ou doação, com semelhante cláusula a bem de algum escravo seu(430); 4.º se o senhor se satisfaz com o preço ou valor do escravo(431); 5.º em outros casos semelhantes(432).

§87.

Para dar alforria, é necessário, igualmente, que, em regra, o manumissor tenha *capacidade,* e *livre disposição.* — Assim: 1.º o escravo não pode fazê-lo por não ter capacidade civil(433); 2.º o infante (*infans*) por incapaz de vontade(434); 3.º o tutor, curador e outros, por não estar na *administração* a faculdade de alienar(435); 4.º o pupilo ou pupila, isto é, o impúbere sujeito à tutela(436); 5.º o usufrutuário, por não ter livre e plena disposição(437); 6.º e outros semelhantes(438).

Segundo o Dir. Rom. antigo, não o podia fazer o menor de vinte anos, ainda por testamento(439), e só pela vindicta, precedendo decisão competente (apud consilium) sobre a causa justa da manumissão, que só podia ser das consignadas na Lei(440). Esta disposição da Lei Ælia Sentia, promulgada por Augusto, foi modificada por Justiniano, que permitiu a princípio a manumissão testamentária aos que tivessem 17 anos de idade completos(441), e por último que o fizessem todos os habilitados para fazer testamento, e conseguintemente aos púberes(442). Tal deve ser também o nosso Direito(443).

O louco, demente, furioso, também é incapaz(444); exceto em lúcidos intervalos(445).

O pródigo, declarado tal por sentença, conquanto incapaz por interdito, parece que o poderia por favor à liberdade(446)

A mulher casada igualmente, ainda mesmo por atos entre vivos(447); sobre os de última vontade não há dúvida, porque aí está ela em pé de igualdade com seu marido(448).

O Governo não pode dar alforria gratuita aos escravos da Nação, só a Assembléia Geral(449); a título oneroso, porém,

pode fazê-lo(450).

§88.

Por Direito Romano, haviam disposições sobre faculdade de libertar ou não certos escravos; importavam uma proibição relativa. — Esta proibição ou vinha de ato do senhor, ou de determinação da lei. Assim:

1.º Por convenção ou ato entre vivos, bem como por ato de última vontade, podia o senhor proibir a manumissão (*ne manumittatur*), segundo já vimos(451).

2.º O escravo hipotecado ou dado em penhor(452); exceto se a hipoteca ou penhor era *geral*(453), ou se ela se extinguia, quando mesmo *especial* fosse, pelo pagamento ou por outros modos(454). — Exceção que abrangia os escravos tácita ou legalmente hipotecados, ainda quando por dívidas ao Fisco(455), e mesmo os dotais(456), salvos os casos de fraude, e de insolvabilidade(457).

3.º A lei Julia (*de adulteriis*) proibia à mulher casada libertar os escravos sujeitos ao processo durante os 60 dias designados para a acusação criminal(458).

4.º Em geral era proibido forrá-los para subtraí-los ao processo e punição respectiva(459).

5.º Aos condenados perpetuamente, do mesmo modo(460); não assim quando a condenação era em pena temporária(461).

6.º O escravo podia ser inibido de libertar-se dentro de um certo lapso de tempo, ou pela lei ou por ato do senhor(462).

7.º Bem assim aquele (no direito antigo) que não tivesse

30 anos de idade(463); o que foi abrogado por Justiniano, que o permitiu, fosse qual fosse a idade do escravo, ainda mesmo no ventre materno(464).

8.º A Lei Furia ou Fusia Caninia (do tempo de Augusto), proibia libertar por ato de última vontade mais de um certo número de escravos, do modo que na mesma se lê, sendo 100 o máximo; só os primeiros nomeados eram livres, os outros continuavam escravos(465); e quando, para iludir a proibição, se manumitia em globo ou em círculo (*per orbem*), nenhum era livre(466). Justiniano, porém, a aboliu(467).

9.º Era igualmente proibido libertar em fraude dos credores (*in fraudem creditorum*) pela Lei Ælia Sentia: o que se verificava, quando em *tal época,* sendo *insolvável o devedor,* o fizesse com *ânimo de defraudar os credores*(468). Só podia anular a liberdade aquele, em fraude de quem fosse ela conferida(469); e não o próprio devedor nem outrem(470). — Porém cessava este direito em vários casos, v. g.: se as dívidas eram pagas ou extintas por qualquer modo legítimo(471); se o escravo permanecia no estado de livre por tempo (dez anos), a prescrição aproveitava-lhe(472); se o senhor, para evitar a desonra de um concurso de credores, isto é, a infâmia da venda dos bens em seu nome, quando insolvável, por sua morte libertava o escravo, e o instituía herdeiro necessário(473); se a bem da liberdade, os escravos ou algum deles, ou mesmo um terceiro *adia os bens* obrigando-se pelas dívidas, quer fosse a manumissão por ato de última vontade, quer entre vivos, e ainda que só alguns pudessem ser mantidos na liberdade e não todos(474). Se vários eram manumitidosem fraude, só os primeiros eram livres, contanto que os bens restantes chegassem para solver as dívidas; mas se só dois, então podia acontecer que o devesse ser o segundo(475).

10. A mesma Lei Ælia Sentia proibia que libertos

manumitissem seus escravos em fraude dos direitos do patrono, isto é, para diminuir ou extinguir a herança a que o patrono tinha direito(476). — Justiniano, porém, já não fala nisto, por se haverem tomado outras providências a respeito de tais direitos(477).

11. O *dediticio* era inibido de habitar em Roma ou em uma distância de cem milhas; se infringisse, era reduzido a cativeiro vendendo-se em proveito do tesouro público, *com proibição de ser manumitido,* sob pena de recair de novo em cativeiro como escravo do povo Romano(478). Isto, porém, foi caindo em desuso, e implicitamente abolido pelas reformas de Justiniano, e sobretudo pela extinção de diferenças entre libertos, como vimos acima(479).

12. O escravo que, obrigado ou condenado a ser exportado (relegatus), ficasse na cidade,não podia ser manumitido(480). — E em outros casos semelhantes aos que ficam mencionados(481).

§89.

Algumas das determinações do Dir. Rom., de que assim damos notícia, tem toda a aplicação entre nós, mas com os mesmos favores. Tais são: 1.º a respeito do escravo especialmente hipotecado ou dado em penhor(482); 2.º a alforria em fraude dos credores(483); 3.º nas manumissões testamentárias a alforria em fraude ou prejuízo dos herdeiros necessários(484): 4.º em outros casos semelhantes(485).

Outras, porém, entendemos não aceitáveis, já não dizemos das que o próprio Direito Novo aboliu, mas das que ainda conservou, — ou porque são de instituição peculiar do povo Romano(486), — ou porque são fundadas em sutilezas, e fundamentos incompatíveis com o estado atual do nosso Direito

e Jurisprudência, das idéias Cristãs, da civilização e idéias do século no Mundo e no nosso próprio País(487).

§90.

A legislação Romana reconhecia que, enquanto a liberdade não era perfeitamente conferida, isto é, estava na mente do senhor (*in mente reposta*), podia ser retirada, v. g. quando apenas consignada em testamento ou codicilo, vivendo ainda o senhor, por ato deste expresso ou tácito, direto, ou não; bem como o podia ser por disposição da Lei(488). Assim: por lei era nula a liberdade legada pela senhora ao escravo seu adúltero(489); — e por ato do senhor, tácito ou implícito, quando este alienava o escravo em sua vida(490); mas se voltava ao testador. não caducava a disposição(491); quando por ato expresso e direto posterior revogava a alforria, s. c., outro testamento ou codicilo, ou quando era alienado pelo credor, v. g. em execução, ou para pagamento(492).

Este Direito é aceitável como subsidiário, menos quanto à latitude de aplicação, v. g. no caso primeiro figurado em pena do adultério, e outros semelhantes(493).

§91.

A mesma legislação ainda punia a fraude proveniente de *conluio* para que algum escravo ou mesmo liberto se fizesse declarar *ingênuo*(494). Mas ao mesmo tempo punia o conluio para fazer-se declarar escravo quem o não era, e em prejuízo das manumissões(495).

§92.

Outras questões, e importantes, se podem levantar. A matéria é vasta; desenvolvê-la seria exceder o plano deste nosso trabalho. Todavia de algumas trataremos nos artigos seguintes,

em que nos ocuparemos das liberdades fideicomissarias, a escravos comuns a vários donos, debaixo de condições, ou cláusulas, a escravos alheios, da alforria legal e forçada, das ações de liberdade, e dos libertos.

Art. III. *Terminação forçada ou legal do cativeiro.*

§93.

Conquanto, em regra, a manumissão ou alforria, dependa de ato voluntário dos senhores, todavia de Direito pode ela vir ao escravo por determinação da Lei, tenha por fundamento algum ato mesmo presumido ou conjectural do senhor, ou não o tenha, vindo então de pura disposição do legislador, mediante indenização ou sem ela.

Não confundiremos com esta matéria a proteção que as leis outorgam para fazer valer liberdades conferidas, e cujo cumprimento se retarda ou recusa, nem os outros favores concedidos a bem da liberdade, de que já temos tratado, e ainda trataremos em artigos subseqüentes.

Aqui nos ocuparemos somente daqueles casos em que a alforria ou liberdade vem de disposições legislativas, a fim de ser alguém declarado livre, mesmo contra a vontade do senhor.

§94.

Já vimos que entre todos os povos, e em todos os tempos, isto se tem dado, ainda segundo as legislações menos favoráveis à liberdade qual a dos gregos na antigüidade, a do Código Negro para as colônias Francesas, a da União-Americana, e outras(496).

As leis de Moisés, lembrando sempre aos Judeus que também eles foram escravos no Egito, recomendavam a maior

benevolência; não admitiam a perpetuidade da escravidão mesmo para o estrangeiro quando naturalizado hebreu; consignavam vários casos de alforria legal; bem como gratuita, embora forçada; e até exigiam que o escravo não saísse sem alguma cousa, devendo o senhor preparar-lhe o seu *alforge* (497).

§95.

Entre os Romanos, vários casos se davam(498). Assim :

1.º A morte natural, como já dissemos(499).

2.º O parentesco próximo, qual o de filho ou descendente, ascendente, e outros semelhantes(500).

3.º O casamento do senhor com a escrava própria(501).

4.º O abandono do escravo por velho ou enfermo, segundo um edito de Claudio(502). — Importava a liberdade; com perda para o senhor dos direitos de patrono, segundo Justiniano(503).

5.º O escravo enjeitado ou exposto infante(504).

6.º O casamento do escravo ou escrava com pessoa livre, sabendo-o o senhor, ou fingindo ígnorá-lo; quer lhe constituísse dote, quer não(505).

7.º Oconcubinato do senhor (solteiro) com escrava própria, senele persistisse até sua morte; ficava livre a escrava(506).

8.º A escrava prostituída contra vontade (invita) pelo senhor, em compensação e pena(507).

9.º Aquela que, vendida com a cláusula de ser livre se

fosse prostituída, fosse violada, ainda que pelo vendedor(508).

10. A castração do escravo(509).

11. A circuncisão do escravo por Judeu(510).

12. Em prêmio de serviços ao senhor, ou ao Estado, v. g.: o escravo que descobrisse o assassino do senhor(511); aquele que, por disposição do testador ou do herdeiro, acompanhasse o funeral coberto com o barrete da liberdade(512); aquele que guardasse o corpo do senhor até ser dado à sepultura(513); aquele que denunciasse crimes graves e seus autores, como rapto, moeda falsa, deserção(514).

13. A conversão ao Cristianismo de escravo de infiel, herege, e pagão(515); exceto se o senhor igualmente se convertia no mesmo ato(516).

14. A prescrição(517).

§96.

Não menos dignos de menção se fazem alguns outros casos de alforria forçada, tendo por base algum ato do senhor ou de algum dos senhores. Assim :

1.º Nas liberdades fideicomissarias(518).

2.º Quando conferida a alforria por um condômino; os outros podiam ser constrangidos a respeitá-la, mediante indenização das suas quotas(519).

3.º Quando o escravo resgatava a sua liberdade por si, ou por outrem, com dinheiro próprio ou não(520). — O favor era tal, que, ainda que não pudesse pagar tudo em dinheiro, era admitido a pagar com seus serviços(521).

4.º Se era alienado com a cláusula *ut manumittatur*(522).

5.º Se o senhor recebia dinheiro de alguém para libertar algum seu escravo(523). — *A simples promessa* não obrigava o senhor(524).

6.º Quando, abandonado pelo senhor à satisfação do dano (noxœ deditio), o escravo apresentava o seu valor(525).

7.º Se o senhor lhe negava alimentos por inutilizado ou doente(526).

8.º Se coagia ou induzia a escrava a desonestar-se(527).

9.º Se o instituía herdeiro(528), ou nomeava tutor(529); adquiria implicitamente a liberdade(530).

10. Se, com ciência do senhor, entrava para o exército, ou religião(531).

§97.

Por nosso Direito devemos, igualmente, consignar que a liberdade pode vir ao escravo, mesmo contra vontade do senhor, por virtude da lei. Assim:

1.º A morte natural extingue a escravidão, como já vimos(532). — Se resuscitasse, seria como livre(533). — Questionou-se a respeito dos que fossem salvos por alguém de morte certa em caso de naufrágio(534).

2.º O descendente, ascendente, ou outro parente, consangüíneo ou afim, como vimos acima(535).

3.º O cônjuge não pode ser escravo um do outro(536).

4.º O escravo enjeitado ou exposto(537).

5.º Aquele que manifestava diamante de 20 quilates e para cima, era liberto, indenizando-se ao senhor com 400$(538).

6.º Aquele que denunciava a sonegação de diamantes pelo senhor, igualmente; e recebia mais o prêmio de 200$(539).

7.º Também obtinha a liberdade o escravo que denunciasse o extravio ou contrabando de tapinhoã e pau brasil(540).

8.º O irmão da Irmandade de S. Benedito, resgatado por esta nos casos de sevícia e venda vingativa do senhor(541).

9.º O abandonado por inválido, se se restabelece, não deve voltar ao cativeiro(542).

10. Pela saída do escravo para fora do Império; pois, voltando, é como livre, salvos unicamente os casos de fuga e de convenção em contrário(543).

11. Pela prescrição(544).

§98.

Em outros muitos casos, dos enumerados segundo a Legislação Romana; podem os escravos também entre nós conseguir a liberdade, mesmo contra a vontade dos senhores, mediante indenização ou sem ela, como ficou dito, e ainda veremos em outros lugares(545).

§99.

Por disposições especiais se tem mandado conferir a alforria. — Assim:

1.º Para servirem na guerra da independência foram escravos comprados e desapropriados, dando-se-lhes porém a liberdade(546).

2.º A uma escrava que oferecia uma soma para libertar-se se mandou dar proteção(547).

3.º A uma outra contra a senhora que exigia preço exorbitante pela alforria(548).

4.º A um que tinha praça no exército e que negava ser escravo, igualmente se mandou dar Curador que o defendesse(549).

5.º A vários de Ordens Regulares, mediante preço(550); e mesmo sem ele(551).

6.º A escravos da Nação, mediante preço(552).

7.º Aos quatro escravos que carregaram em cadeirinha o Imperador D. Pedro I na sua enfermidade(553).

8.º Aos escravos que serviram na guerra da rebelião do Rio Grande do Sul, mediante indenização aos senhores(554).

§100.

A nossa Constituição art. 179 §22 garante a propriedade em toda a sua plenitude, salvos os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública definidos nas Leis; ora nenhuma lei, dizem, tem ampliado ou aplicado a bem da liberdade semelhante desapropriação, a título de humanidade e utilidade social.

Essa teoria da desapropriação não tem, no nosso entender, rigorosa aplicação em semelhante questão, atenta a

especialidade ou singularidade da propriedade *escravo.* A desapropriação só tem verdadeira e legitimamente lugar quando se trata de haver a propriedade do cidadão ou o uso dela(555); e conseguintemente também em relação ao escravo, quando se quiser havê-lo conservando-o porém escravo, propriedade, ou os seus serviços. Não assim, quando se trata de libertá-lo; aqui essa propriedade *fictícia, odiosa* mesmo, desaparece; a lei humana que a consagra por um abuso inqualificável cede o lugar à lei Divina, à lei do Criador, pela qual todos nascem livres; já não é rigorosamente uma questão *de propriedade,* e sim de *personalidade*(556).

Conseguintemente não procedem aquelas dúvidas ou antes pretextos para que se não devam reconhecer como legítimos certos casos definidos no nosso e no Direito Romano, em que o escravo, ainda opondo-se o senhor, possa e deva ser declarado livre, mesmo gratuitamente conforme for o caso(557).

E, generalizando, perguntaremos — se uma lei declarasse livres os escravos, ou as escravas, ou um certo grupo, abolisse enfim a escravidão, mediante indenização ou mesmo sem ela segundo os casos e circunstâncias, como dispunham os Judeus, e o fizeram nos tempos modernos as Nações da Europa sobretudo Portugal, a França, Inglaterra, Holanda, e outros países do mundo, e ainda ultimamente os Estados Unidos da Norte América, estaria porventura fora da órbita das atribuições constitucionais do Poder Legislativo? Certamente que não; se a escravidão deve sua existência e conservação exclusivamente à lei positiva(558), é evidente que ela a pode extinguir. A obrigação de indenizar não é *de rigor,* segundo o Direito absoluto ou Natural; e apenas de *equidade* como conseqüência da própria lei positiva, que aquiesceu ao fato e lhe deu vigor como se fora uma verdadeira e legítima propriedade; essa propriedade fictícia é antes uma *tolerância* da lei por motivos especiais e de ordem pública, do que reconhecimento de um

direito que tenha base e fundamento nas leis eternas, das quais a escravidão é,ao contrário, uma revoltante, odiosa, e violentíssima infração, como as próprias leis positivas hão reconhecido. Essa manutenção está, pois, subordinada à *cláusula implícita* e subentendida na lei positiva — *enquanto o contrário não for ordenado — ;* é um *direito resolúvel,* logo que esta cláusula se verifique, isto é, logo que o legislador o declare extinto.

Art. IV. *Alforria ao escravo comum; em usufruto; alheio. — Filhos. — Aquisições.*

§101.

O condomínio nos escravos pode suscitar sérias dúvidas no caso de ser por algum dos condôminos conferida a liberdade; porquanto ou se há de resolver que o individuo fica em parte livre e em parte escravo, ou que os outros condôminos são obrigados a ceder de seus direitos a bem da liberdade.

§102.

No Direito Romano antigo fora decidido que, se a manumissão era dada por *modo solene,* o senhor entendia-se demitir o seu domínio quanto à parte respectiva, que conseguintemente acrescia aos outros condôminos (*jure accrescendi*); se por modo *não solene,* nem o demitia, nem libertava(559).

Isto, porém, sofreu modificações favoráveis à liberdade desde o tempo do Império(560); até que Justiniano decretou que o escravo seria livre, quer a liberdade proviesse de ato entre vivos, quer de última vontade, mediante indenização aos condôminos, abrogado o direito de acrescer(561).

Se o condômino legava ao escravo a parte que no

mesmo tinha, entendia-se que o libertava; e devia-se proceder como nos outros casos em geral(562).

§103.

Esta legislação novíssima é inteiramente conforme à boa razão, e aceitável entre nós como subsidiária. E efetivamente o tem sido. Haveria absurdo em ser alguém parte livre, e parte escravo(563).

Quanto aos filhos havidos de escrava em tais condições, é nossa opinião que eles, seguindo a sorte do ventre, são livres(564).

§104.

Vejamos em relação ao escravo em usufruto a alguém, o que se passava por Direito Romano, quanto à alforria.

Pelo Direito antigo, se o usufrutuário libertava, entendia-se que havia apenas renúncia do usufruto; se o nu proprietário, havia abandono da propriedade para o senhor, ficando porém o escravo *servus sine domino,* e sópodia alcançar a liberdade com a extinção do usufruto(565). Justiniano reformou tudo isto, declarando: 1.º que, se a manumissão conferida pelo usufrutuário fosse com intenção de renunciar ao usufruto, assim se deveria entender, adquirindo desde logo o nu proprietário a propriedade plena; mas que, no caso contrário, o escravo permaneceria *in libertate* enquanto durasse o usufruto(566); 2.º que, manumitido pelo nu proprietário, seria *livre* adquirindo para si, e não mais *servus sine domino*, embora sujeito ao usufruto até que este se extinguisse(567).

Se a liberdade era conferida por ambos (usufrutuário, e nu proprietário), ou por um de consentimento ou ciência do outro, o escravo ficava desde logo plenamente livre(568).

§105.

Estas determinações são inteiramente aceitáveis como direito subsidiário. — Devemos ainda acrescentar :

1.º Que os filhos das escravas serão livres, se o forem suas mães; não quando estas apenas se mantenham *in libertate* pelo fato simples do usufrutuário, mas quando sejam livres pelo fato de ambos, ou do nu proprietário, como ficou exposto(569).

2.º Que se o usufrutuário tem a faculdade de alienar, pode validamente libertar o escravo, porque já não é simples usufrutuário, e sim proprietário ou quase-proprietário(570), embora em alguns casos fique obrigado pelo valor do escravo; tal é o caso das doações sujeitas à colação, em que o herdeiro, conquanto obrigado a trazer os bens à colação, pode aliená-los(571).

§106.

Quanto à alforria concedida por alguém a escravo alheio, adiante diremos(572).

Art. V. *Condições, prazos, modo, cláusulas adjectas às manumissões.*

§107.

A manumissão ou alforria pode ser, como temos visto, a título oneroso ou gratuito, por ato entre vivos ou de última vontade. Pode ainda ser pura e simples, ou não.

§108.

Entre os Romanos, a legislação tinha em consideração todas essas distincões, e assim decidia as questões; embora, por via de regra, de um modo sempre favorável à liberdade,

sobretudo no Direito Novo e Novíssimo. Mas não deixava de ser bastante intrincada, principalmente pelas sutilezas, e especialidades próprias daquele Povo e do seu Direito.

§109.

As *condições*(573) eram em geral admissíveis, salvas as restrições e exceções favoráveis à liberdade; fossem essas condições *casuais, potestativas,* ou *mistas, afirmativas* ou *negativas*(574).

A condição *suspensiva*(575) igualmente; e constituía o escravo em uma posição melhor, dando-lhe os Romanos até a denominação especial de *statuliber*, de que trataremos em outro lugar(576).

A condição *resolutiva*(577), porém, tinha-se por não escrita ou nula, visto como, uma vez adquirida a liberdade, não se podia revogá-la arbitrariamente, e portanto fazer recair em escravidão por semelhante modo(578).

Quanto aos *prazos*(579), era lícito o *ex die* ou *in diem*, porque não havia impedimento ou absurdo em que o escravo só começasse a gozar da liberdade ou fosse plenamente livre desde certa época. Ainda assim, haviam limitações(580). Adjecto à manumissão constituía também o *statuliber,* de que adiante trataremos(581).

O prazo *ad diem*, porém, era proibido, e tinha-se por não escrito ou nulo; porque, dada a liberdade, ninguém podia fazê-la cessar e reviver a escravidão limitando a época ou termo final(582).

O *modo*(583) constituía um ônus ou obrigação ao liberto; mas não impedia a aquisição da liberdade(584).

Bem assim outras *cláusulas*(585), contanto que não reprovadas pelas leis, pelos bons costumes, pela moral, e que não importassem vexame ao liberto ou impossibilidade de cumpri-las(586).

A condição *impossível*(587) tinha-se por nula ou não escrita(588).

A condição *quase impossível*, bem como *o prazo tão remoto* que não fosse de esperar que ainda então fosse vivo o escravo, prejudicavam a manumissão, por se presumir que o senhor a não conferia realmente(589). Ainda assim, em muitos casos mantinha-se a liberdade(590).

A falsa *demonstração*, a falsa *causa* não prejudicavam as manumissões(591).

§110.

Em tudo quanto tem de favorável às alforrias tais disposições, são elas aceitáveis entre nós como Direito subsidiário.

Das cláusulas *ut manumittatur, ne manumittatur*. já dissemos em outros lugares. Bem como da nomeação de tutor, curador, e instituição de herdeiro pelo senhor, que importam a liberdade ao escravo(592).

As cláusulas ou condições *si nupserit, si non nupserit,* devem-se ter por não escritas, e portanto não impedindo a alforria(593).

§111.

Se a condição é suprimida pelo testador, a disposição torna-se pura e simples; e vice-versa, se, sendo pura e simples,

depois lhe é adjecta condição(594).

§112.

Era freqüente entre os Romanos, e o é também entre nós, libertar-se o escravo com obrigação de dar uma certa soma ao senhor ou a terceiro. O liberto pode satisfazer este ônus com o que tenha do seu pecúlio(595), com o que possa haver por outra forma(596), e mesmo com os seus serviços(597). A impossibilidade em que ele se achasse ou achar de o cumprir, proveniente de fato do senhor, do herdeiro, do legatário, ou de terceiro, e mesmo eventual ou fortuito, não o prejudica(598).

§113.

É igualmente, entre nós, muito freqüente concederem os senhores autorização aos seus escravos para tirarem certa soma, por subscrição, para sua alforria. Este fato não importa por si só e desde logo a concessão da liberdade; apenas a intenção, ânimo, ou *promessa* de o fazer. O escravo não pode, pois, pretender-se imediatamente livre; tanto mais, quanto depende de satisfazer o preço da alforria(599): o ato ainda não é *perfeito*(600).

Conquanto, porém, essa *promessa* não importe obrigação perfeita nos termos gerais de Direito(601), todavia, por favor à liberdade, pode o escravo pedir a alforria ou ser declarado livre, em qualquer tempo, desde que exiba a soma, ou mostre satisfeita de sua parte a obrigação(602).

§114.

De outras questões originadas de condições, termos, modo, e cláusulas adjectas ás manumissões, ainda trataremos, quando nos ocuparmos da liberdade conferida *fideicomissariamente*, e sob *condição suspensiva* e *ex die*(603).

§115.

O senhor pode dar ao seu escravo a liberdade diretamente, ou indiretamente deixando-o a cargo de terceiro.

Este segundo modo era e é a título de *fideicomisso* ou em *forma fideicomissária.* Pode ter lugar tanto por atos entre vivos como de última vontade; pura e simplesmente, ou não. — É aplicável ao escravo alheio.

§116.

Esta matéria segundo a legislação Romana era muitíssimo complicada, pela índole desse Direito, e organização daquele povo. Por forma que mereceu um título especial, que se acha no Digesto(604).

§117.

Entre nós muitas dessas dificuldades desaparecem, tendo-se em atenção o sistema e índole de nossa legislação, nossos costumes e idéias, e sobretudo a organização muito mais simplificada do elemento *servil* da nossa sociedade e época. Todavia a matéria não deixa de ser melindrosa; e em geral teremos de socorrer-nos daquela legislação na deficiência quase absoluta da nossa.

§118.

Quanto ao escravo próprio.

O fiduciário (ou encarregado de dar a liberdade) era, por Direito Romano, havido como proprietário do escravo até manumiti-lo; e fazendo-o, adquiria a qualidade e direitos de seu patrono(605).

Proprietário (embora por ficção) podia vender, alienar o escravo; mas o comprador, o aquirente era obrigado a libertá-lo, porque não podia a liberdade ser prejudicada por qualquer título, mesmo de prescrição, e o escravo passava com esse encargo(606). Todavia podia o escravo exigir que o fiduciário o resgatasse e libertasse por preferi-lo para patrono(607). Em alguns casos, embora libertado pelo comprador ou adquirente. era reputado liberto pelo fiduciário, tendo a este por patrono(608).

Era grave questão saber se o escravo ficava ou não livre quando o testador dizia — O *meu escravo F. servirá somente a Paulo*, — ou — *recomendo que o meu escravo F. não seja vendido*, — ou — *recomendo ao meu herdeiro que conserve o escravo F.*, e em outros semelhantes casos. Em geral se decidia que se deve atender à mente ou intenção do testador, resolvendo-se na dúvida a favor da liberdade(609).

A liberdade era sempre salva, intervindo o Magistrado para a fazer valer, em falta, incapacidade, ou culpa do fiduciário. Assim: — Se o legatário não queria aceitar, devia transferir a outrem o seu direito com esse encargo(610): — Se o fiduciário não queria libertar, à sua revelia o fazia o Juiz, e ele perdia os direitos de patrono(611): — Se o fiduciário se achava ausente, morria sem herdeiros, se abstinha da herança, era menor, o Juiz, conhecida a causa, declarava livre o escravo; e em alguns desses casos o fiduciário até perdia os direitos de patrono(612): — Se no escravo liberto fideicomissariamente pelo testador fossem interessados menores *infantes,* devia-se avaliá-lo e pagar aos menores a parte respectiva, mantida a liberdade(613): — Se o fiduciário estava ausente, se ocultava, era menor, doido, surdo-mudo, incapaz, nada disto impedia a liberdade: em geral tinham por patrono o fiduciário, ainda em tais casos, exceto o fiduciário que se ocultava, pois perdia esses direitos(614): — Se o instituído herdeiro e seu substituto

morriam antes do testador, e assim caducava o testamento, nem por isso caducavam as liberdades, mesmo fideicomissarias; eram livres os escravos, tendo por patrono o herdeiro ab-intestado(615): — Se o tutor negava autorização ao menor fiduciário para libertar o escravo, o Juiz supria, conservando o menor os direitos de patrono(616): — Se o escravo, obrigado a contas, era fideicomissariamente manumitido, mas pura e simplesmente, pelo testador, era desde logo livre, embora fosse depois coagido adá-las(617): — Se o testador deixava à deliberação do herdeiro — *Si probaverit, si non reprobaverit, se dignum putaverit*, não podia ele *arbitrariamente* negar a manumissão; o Juiz podia intervir em bem da liberdade(618). — A regra em todos esses e outros semelhantes casos era a que se resume em uma lei de Marco Aurélio, que se lê no Digesto(619).

O escravo fideicomissariamente libertado fazia aquisições para si, mesmo enquanto durasse o usufruto de alguém, e antes quefosse efetivamente manumitido pelo fiduciário(620).

E quanto aos filhos das escravas nascidos antes da efetiva manumissão pelo fiduciário? — Alexandre Severo, declarava-os escravos, e que como tais deviam continuar(621). Ulpiano, decidia que seriam *livres* desde o dia em que se pudesse *pedir* a liberdade; libertos pela mãe, privado por conseguinte o fiduciário dos direitos de patrono(622); e ingênuos em tal caso(623). Marciano,porém, declarava-os livres e ingênuos desde o momento em que a liberdade fosse *devida* (e não simplesmente *pedida*); ainda que a mãe falecesse, ou se não prestasse a pedir a liberdade, ou que houvesse falta culposa ou mesmo involuntária do herdeiro: o que tudo foi apoiado por Decisões Imperiais(624).

§119.

Vejamos agora que aplicação podem ter entre nós tais disposições.

Em tudo quanto aí há de favorável à liberdade são aceitáveis.

Mas em algumas há ficções peculiares aos Romanos, que obstam a que sejam recebidas sem restrições tais decisões.

Em primeiro lugar: — Por causa dos direitos de patrono, fingia-se que a liberdade não vinha do testador ou senhor, e sim do fiduciário, e que portanto o escravo assim liberto ainda era escravo deste(625). A realidade e verdade é, porém, em contrário; por quanto é o senhor quem demite de si o seu domínio e poder sobre o escravo, quando o manumite mesmo fideicomissariamente; por forma que, ainda entre os Romanos, a lei vinha em auxílio do liberto, tirando até ao fiduciário em muitos casos os direitos de patrono, como já vimos, e declarando quese deviam reputar *diretamente* manumitidos pelo testador ou originário senhor(626). — Demais, segundo a teoria geral do Direito Romano novíssimo ou de Justiniano, essas diferenças de *legado e fideicomisso,* e outras sutilezas semelhantes foram abolidas(627); de modo que se deve entender que a alforria vem diretamente do testador ou benfeitor senhor, e não do fiduciário(628).

Em segundo lugar, e conseguintemente: — Devemos reputar *sem patrono* tais libertos, ficando assim sem aplicação entre nós a distinção que a tal respeito faziam os Romanos, por ser ficção e subtileza; — *Devida* a liberdade *à morte testatoris,* segundo a regra geral de nosso Direito para a aquisição da herança e legados; — *Livres e ingênuos* os filhos das escravas nascidos desde esse tempo, mesmo segundo os princípios da doutrina de Marciano acima exposta; — Legitimas as *aquisições* que tais libertos possam fazer, por qualquer título entre vivos ou de última vontade, como igualmente dissemos

acima; — E não mais de *condição servil* os mesmos libertos, como os próprios Romanos afinal reconheceram e declararam.

O fiduciário ou é simples executor da vontade do senhor (se o fideicomisso é puro e simples), ou pode ter direito aos serviços do liberto por algum tempo, se isto for determinado pelo senhor; o que é freqüente entre nós. Terá neste último caso um *jus utendi*, ou mesmo *usufruendi*, que não é *dominio*, mas todavia não é incompatível com a liberdade, nem impede as aquisições que ao liberto possam vir nessa época(629) — Porém esses serviços são intransferíveis, por serem pessoais, e não ser lícito mudar a sorte do liberto obrigado a prestá-los, podendo ser ela empeiorada pela transferência(630).

Ao escravo concebido no ventre materno, e ainda não nascido, pode-se conferir a liberdade também fideicomissariamente(631); e se nascer mais de um, todos são livres(632).

Bem como serão todos livres, mesmo quando já nascidos, se dispondo o testador a favor de um sem o designar nomeadamente, o herdeiro não houver libertado algum em sua vida(633).

§120.

Quando à liberdade fideicomissária se adjecta prazo *ex die* ou *condição suspensiva*, ela participa da natureza das manumissões condicionais e a prazo, de que adiante trataremos(634).

§121.

Quanto ao escravo alheio.

Se o escravo libertado fideicomissariamente era do

herdeiro ou legatário, não podia o mesmo herdeiro ou legatário deixar de cumprir a vontade do testador, e libertar o escravo, se aceitasse o legado ou herança(635).

Se, porém, o escravo era de outrem, o fiduciário era obrigado a empregar todos os meios e esforços legítimos para o adquirir e libertar(636). — Se o senhor o não queria vender, entendeu-se a princípio que caducava o fideicomisso, e portanto a liberdade(637). Mas Alexandre Severo decretou que a todo o tempo que o fiduciário pudesse, deveria fazê-lo, ficando assim diferida ou *adiada,* somente, e não *extinta* a obrigação; legislação mantida por Justiniano(638).

Ainda mais, nas manumissões fideicomissarias de escravos alheios, o Magistrado conhecia dos motivos que impediam o fiduciário de cumprir a vontade do benfeitor; e declarava livre o escravo, se ele o devesse ser, resguardando a quem pertencessem os direitos de patrono(639).

Os princípios expostos são aceitáveis entre nós pela boa razão em que se acham fundados.

Art. VII. — *Statuliberi (estado-livres) — Aquisições — Filhos.*

§122.

O escravo manumitido com um prazo ou termo *in diem* ou *ex die*, ou sob *condição suspensiva*, era constituído entre os Romanos em posição diversa do escravo que ainda tal se conservava, sem todavia ser havido por plenamente livre. Era o que os Romanos denominavam *statuliberi*, para designar aqueles que, sendo de feito livres, dependiam de que se realizasse a condição ou chegasse o dia designado para que o fossem de direito(640).

Esta matéria, no Direito Romano, oferecia graves

dificuldades, devidas à organização peculiar do estado social, do elemento servil, aos seus costumes, e índole, assim como às subtilezas e ficções desse Direito, tormentos dos seus legisladores e Jurisconsultos. E de tamanha importância foi reputada, que no Digesto se lê um título especial a respeito(641).

§123.

Entre nós, essas razões de dificuldade desaparecem, em face da nossa organização social, das nossas idéias, usos e costumes, da índole do povo, do século e época em que vivemos, e até da nossa própria lei, que reprovou todas aquelas sutilezas e ficções, banindo-as do nosso Direito, e só permitindo seguir-se a legislação Romana, nos casos omissos, pela *boa razão* em que ela se funde, ou em outros termos, segundo o *uso moderno,* o *espírito do século*(642).

A própria expressão *statuliber* não se encontra em lei alguma nossa, antiga ou moderna(643); apenas a Ord. Liv. 4.º tit. 63 fala em alforria condicional. — Isto, porém, pouco importa; estudemos a matéria, visto que o caso se pode dar, e tem dado.

§124.

Por Direito Romano, o *statuliber* era aquele que tinha a liberdade determinada para um certo tempo, ou dependente de condição(644).

Nos tempos em que só se podia libertar por *modo solene,* não era possível constituir o *statuliber* senão por *testamento*; Direito antigo, e lei de Alexandre Severo, que foi posteriormente modificada. Eis porque assim o define Ulpiano(645); e também porque o mesmo Jurisconsulto decide que — *enquanto pende a condição, o statuliber é escravo do herdeiro*(646).

Mas, com a faculdade da libertar por outros modos, isto se não deve mais entender estritamente; quer por atos entre vivos, quer de última vontade, solenes e não solenes, a liberdade pode ser conferida a prazo ou sob condição, e constituir o statuliber.

Qual era, porém, a posição do mesmo na sociedade Romana em suas relações jurídicas? — Os próprios Jurisconsultos, definindo-a, equiparavam-nos aos escravos, reconhecendo todavia que não eram própria e rigorosamente escravos, pois diziam que — *em quase nada diferiam* (nihilo pene differunt),e implicitamente que — *em alguma coisa diferiam*(647).

Estabelecido o princípio de que o statuliber reputava-se ainda escravo até que se verificasse a condição ou chegasse o termo, a lógica exigia e conduziu os Jurisconsultos Romanos a todas as extremas conseqüências que dele derivavam. E assim: 1º era tratado como escravo, mesmo quanto a açoites e outros castigos(648); 2.º nada adquiria para si, exceto se o senhor lhe garantia e reservava o seu pecúlio(649); 3.º era obrigado a servir como escravo(650); 4.º podia ser vendido, alienado, dado em penhor ou hipoteca(651); 5.º era sujeito a ser abandonado ou vendido para satisfação do delito(652); 6.º e até a ser adquirido por usucapião, como os demais escravos(653).

Mas os próprios Jurisconsultos não puderam deixar de reconhecer, que o *statuliber* não era verdadeiramente escravo; e a necessidade de designarem esta idéia nova fez inventar até essa expressão, que não é *servus*, nem *liber*, nem *libertinus*. Tal é sempre o império e força da verdade, que eles se viram forçados a reconhecer no escravo em tais condições um *direito à liberdade;* direito inauferível, como se fosse já definitivamente livre: por forma, que ninguém podia impedir a tal individuo o gozo da liberdade, eis que chegasse o termo ou

se verificasse a condição, fosse o próprio herdeiro, ou qualquer outra pessoa que o possuísse, estivesse onerado ou não com hipoteca, ou mesmo reduzido a cativeiro inimigo(654), porque a condição o acompanhava sempre, e devia religiosamente cumprir-se a disposição(655); era até crime aliená-lo ocultando a condição(656).

Chegaram mesmo a decidir que ao statuliber não era aplicável a tortura ou açoites, por já não ser propriamente escravo(657), contra a doutrina de Pomponio; o que foi confirmado por uma lei de Autonino Pio ou Caracala(658).

Ainda mais; a liberdade foi mantida em tal caso, quer o herdeiro não pudesse cumprir a condição(659), quer pusesse obstáculo ao implemento dela(660), quer este se não pudesse dar por fato alheio ao liberto(661).

O favor levava, na opinião de alguns Jurisconsultos, a decidir sempre pela liberdade, ainda quando parecia (como a outros), que esta se não devera entender adquirida, v. g.: 1.º se aquele a quem tinha o liberto de dar uma soma não quisesse receber ou morresse antes de a haver recebido(662), ainda que o liberto nessa época não possuísse tal soma(663); 2.º se a pessoa falecesse em vida do testador(664); e em outros semelhantes(665).

A venda importava logo para o statuliber a liberdade plena(666).

Podia, finalmente, o statuliber *estar em Juízo*(667); benefício singular e extraordinário da lei, que assim reconhecia implicitamente a preponderância da liberdade, visto como aos escravos era proibido.

Estava entendido que o herdeiro podia libertar definitivamente, independente do implemento da condição(668).

Quanto aos filhos das escravas assim manumitidas, havidos enquanto pendia a condição ou o prazo, decidiam que eram *escravos do herdeiro*(669), do mesmo modo que as mães, a sorte de cujo ventre seguiam(670): solução igual à que haviam dado sobre os filhos das escravas libertadas fideicomissariamente(671).

§125.

Vejamos agora qual o uso a fazer entre nós de toda essa doutrina. É um trabalho de reconstrução que vamos tentar; outros farão melhor, ou seguirão aquele Direito.

Prescindamos de todas essas ficções, anacrônicas, obsoletas, sem aplicação ao nosso estado, e vamos à realidade das cousas; investiguemos a verdade em toda a sua virginal e cândida nudez.

A análise, e a aplicação mesmo de certos princípios do Direito geral nos levarão a salvamento, com um pouco de *boa vontade* a favor da liberdade.

Que se passa quando o senhor manumite o seu escravo? — Em alguns textos se lê que — *est datio libertatis*(672); e a nossa lei parece ter isto admitido, quando trata da *alforria* no mesmo título das *doações* (673). — Mas haverá aí real e verdadeiramente uma doação? qual o seu objeto? qual o sujeito ou adquirente?

Não há *objeto,* nem *sujeito*; a menos que se não pretenda ser o próprio escravo quem adquire, apesar de escravo, a sua mesma liberdade ou escravidão; o que é irrisório, e seria admissível apenas por uma ficção quase pueril. A verdade, a realidade das cousas, à parte as ficções, é a que se lê em outros textos, onde se diz *manumittere, de manu missio, de manu dare,* em contraposição a *manu capere*(674). A alforria era entre os

Romanos denominada *manumissio;* e entre nós igualmente *manumissão, emancipação*(675).

Com efeito, em semelhante ato o senhor nada mais faz do que *demitir de si o domínio e poder* que tinha (contra direito) sobre o escravo, restituindo-o ao seu *estado natural* de *livre,* em que todos os homens nascem(676).

A alforria não é, portanto, em sua última, única, e verdadeira expressão mais do que a renúncia dos direitos do senhor sobre o escravo, e a conseqüente reintegração deste no *gozo* de sua liberdade, suspenso pelo *fato* de que ele foi vítima; o escravo não adquire, pois, rigorosamente a liberdade, pois sempre a conservou pela natureza, embora *latente* (permita-se o termo) ante o arbítrio da lei positiva(677).

Eis o que o profundo e analítico Savigny, demonstra à evidência no seu magno tratado do Direito Romano(678). Doutrina consagrada em várias disposições de nosso Direito moderno(679).

Desde que, portanto, a manumissão tem lugar, quer por ato entre vivos, quer de última vontade, o escravo deixa de o ser, para readquirir, mesmo ante a lei, o seu estado natural de homem, com toda a sua liberdade, e conseqüente capacidade civil.

Mas, dirão, a *condição* suspende, o *prazo* igualmente; ele deve reputar-se continuar no mesmo estado, até que ou este chegue, ou aquela se verifique.

Há nesta argumentação um vício, a confusão de idéias, por não se querer abandonar o terreno das ficções; as quais muitas vezes conduzem a *extremas conseqüências,* que não confirmam os princípios, os quais por conseguinte devem ser abandonados.

Nos contratos ou atos entre vivos o *termo,* ou a *condição,* de que se trata, não obstam à *aquisição do direito;* apenas adiam ou suspendem o *exercício* dele, o cumprimento da obrigação; o direito fica tão perfeitamente adquirido, que ele se transmite aos herdeiros(680). Nas disposições de última vontade, porém, isto não acontecia por Dir. Rom.(681); mas legislações modernas, abandonando-o, têm ampliado a tais atos aqueles mesmos princípios(682). — Não fazendo, portanto, aquela distinção dos Romanos, aplicando a uns e outros atos a mesma doutrina, e admitindo o princípio inconcusso, aliás já reconhecido e firmado naquele Direito(683), de que ao statuliber não se pode recusar a liberdade, deveremos logicamente concluir que ele a tem *adquirido desde logo,* e que apenas fica *adiado* ou *suspenso* o *exercício pleno,* o *inteiro gozo* dela(684).

Dirão talvez ainda — o escravo em tal condição não é propriamente livre, tem apenas *direito a liberdade,* na época porém designada, ou verificando-se a condição. — Mas isto é laborar em um verdadeiro círculo vicioso, e sempre no terreno das ficções. O *direito* ele o adquiriu; por tal modo, que já lhe não podem tirar; é inauferível; não é simples *spes.* O *exercício pleno* desse direito, sim, é que fica retardado. — A análise demonstra à evidência que se não devem confundir tais idéias.

E tanto assim é, que o bom senso dos próprios Jurisconsultos Romanos o havia lobrigado, e as leis o foram reconhecendo, — quando viram no statuliber um *homem livre,* uma pessoa, não sujeita a açoites, tortura, e penas próprias só de escravos, — quando lhe reconheceram legítimas as aquisições, — quando puniam aquele que o alienava com fraude, — quando garantiam-lhe a liberdade, não obstante quaisquer embaraços voluntários ou involuntários, — quando até lhe permitiam estar em Juízo.

Ainda mais: em legislação de povos nossos

contemporâneos, qual a dos Estados Unidos da Norte América, aliás em geral não favorável à causa da liberdade dos escravos(685), se lê, v. g., no Código da Luisiana — que o statuliber pode fazer aquisições, devendo ser os bens entregues a um curador, à semelhança dos menores, o qual os administre até que ele o possa fazer por si(686); que os filhos das escravas em tal condição não são escravos, e sim livres, sujeitos apenas à mesma sorte das mães com os mesmos direitos que estas, até verificar-se a condição ou chegar o termo(687); e que finalmente foi providenciado em ordem a evitar que sejam reduzidos à escravidão(688).

Entre nós, porém, que não podemos aceitar sem restrições aquelas disposições do Direito Romano por incompatíveis com a boa razão, e fundadas em ficções, em sutilezas, em costumes e idéias peculiares daquele Povo, nem a doutrina da legislação da União (Sul) Americana por motivos semelhantes, atendendo por outro lado à índole de nossas leis, aos nossos costumes, e às idéias do século e época, assim como a que o favor à liberdade sem quebra de um direito certo e incontestável de terceiro é o grande e seguro regulador em tais questões, devemos concluir: 1.º que o statuliber é liberto, embora condicional, e não mais rigorosamente escravo(689); 2.º que ele tem adquirido desde logo a liberdade, isto é, o direito; ou antes, tem desde logo sido restituído à sua natural condição de homem e personalidade; 3.º que só fica retardado o pleno gozo e exercício da liberdade até que chegue o tempo ou se verifique a condição; à semelhança dos menores, que dependem de certos fatos ou tempo para entrarem, emancipados, no gozo de seus direitos e atos da vida civil; 4.º que pode fazer aquisições para si, como os menores(690); 5.º que não é passível de açoites nem de penas só exclusivas dos escravos; nem ser processado como escravo; 6.º que não pode ser alienado, vendido, hipotecado, adquirido por usucapião; é mesmo crime de reduzir à escravidão pessoa livre(691): 7.º responde pessoal e

diretamente pela satisfação do delito como pessoa livre(692); 8º os filhos da statulibera são *livres e ingênuos,* visto como livre é o ventre; a condição ou o termo não mudam nem alteram a sorte da mãe quanto à sua verdadeira e essencial condição de livre(693): 9.º que o serviço, a que o statuliber seja ainda obrigado, já não é propriamente *servil*(694); 10. que não há aí patronos a respeito mesmo dos assim libertos, à exceção somente do próprio ex-senhor(695).

Mas, dirão ainda, parece contrasenso que alguém seja livre e não possa exercer sua liberdade, que esteja na dependência de que chegue uma época ou se realize um evento. — A resposta é simples. Basta apontar tantos outros livres, que todavia não o podem fazer senão nas mesmas condições, quais sejam os menores, os interditos, e outros. E já o havia prevenido em sua Filosofia Cristã o grande reformador Justiniano, quando declarou que não era incompatível ser alguém livre, e estar em usufruto a outrem(696). Muito menos o é, quando se não trata de usufruto como no statuliber.

O nosso Direito pátrio, mesmo moderno, ainda nos fornece outros exemplos. Aquele que se obriga a servir a outrem por tempo determinado é livre; e todavia pode ser constrangido a servir na forma ajustada(697). O liberto, eis que aceita a alforria (nem lhe é lícito recusá-la), implícita e tacitamente aceita a obrigação, quando o não faça de modo expresso; se não há *contrato,* há *quase-contrato*; e a própria Lei(698) o dá claramente a entender.

SEÇÃO 4.ª — AÇÕES DE LIBERDADE E ESCRAVIDÃO. — FILHOS. — PRESCRIÇÃO. — FAVORES.

§126.

As questões de liberdade e escravidão são as mais freqüentes, pois se referem à prejudicial do *estado* de alguém,

ser *livre* ou *escravo.*

Pode-se pretender fazer declarar escravo (ação de escravidão), ou livre ou liberto (ação de liberdade).

§127.

Entre os Romanos, foi objeto regulado por muitas disposições que mereceram um título especial no Digesto(699), e no Código(700).

A princípio, era indispensável o *adsertor libertatis*(701), ou defensor, sem o qual o individuo não era admitido a defender-se, correndo o risco de ser entregue como escravo a quem como tal o reclamava(702), embora, a favor da liberdade e no interesse dos parentes e mesmo damulher, lhes fosse permitido, assim como a outros e ao patrono, oferecerem-se e servirem de defensores(703). Tais eram, porém, as condições e penas, que por último muito dificil era achar defensores; pelo que houve dispensas especiais, e foi afinal regulado isto em forma geral por uma lei de Theodosio(704): até que Justiniano suprimiu completamente, em bem da defesa, essa necessidade, permitindo que pudesse qualquer defender-se em tais causas (fossem de uma ou de outra espécie) mediante apenas *fiança ou caução juratória*(705).

Quanto à *forma* do processo, variou com o regime e domínio das *ações da lei, fórmulas, e extra ordinem,* tomando por fim a questão o carácter de *ação prejudicial*(706).

Relativamente ao ônus da prova, o Direito antigo incumbia-o àquele que contestava a liberdade(707). Mais tarde, resolveu-se que incumbiria àquele que demandasse contra a liberdade, se o individuo reclamado como escravo estivesse na posse dela em boa fé (sine dolo malo), e ao que se pretendesse livre estando de fato no cativeiro(708).

Na dúvida, ou colisão, decidia-se a favor da liberdade. E a decisão era irrevogável(709).

Mas, de julgamentos diversos sobre o mesmo escravo em relação a pessoas diversas se originaram dúvidas. — O escravo comum é declarado livre a respeito de um, escravo a respeito de outro. Qual sua condição para com este último? — É parte escravo, parte livre? Como cumprir e executar as sentenças? — Dividiram-se os Jurisconsultos Romanos; resolvendo-se afinal no sentido do parecer de Juliano, adotado por Papiniano — *que o escravo é livre, pagando porém ao condômino vencedor a quota proporcional do seu valor determinada a juízo de bom varão*(710).

E quanto aos filhos nascidos das escravas, pendente a demanda? — Se nasciam depois da litiscontestação, seguiam a sorte das mães; se antes, deviam ser nomeadamente compreendidos na ação(711).

A favor da liberdade muitos benefícios se concederam, mesmo em Juízo, além dos já apontados, como dissemos em outro lugar(712). — Contra a liberdade não se dava *restituição,* ainda que a bem de menores(713).

Contra a liberdade não era admissível *prescrição* alguma, por maior que fosse o prazo durante o qual alguém se achasse de fato em cativeiro ou escravidão(714); quer no Direito Civil, quer no das Gentes para os Romanos(715).

A favor da liberdade, variou muito a legislação. — Segundo o Direito antigo, o rigor era contra aquele que se provasse ser escravo, pouco importando que ele se achasse na posse de homem livre por qualquer tempo: o que todavia sofreu exceções(716). Porém Diocleciano, e Maximiano, firmaram a regra de que a posse contínua da liberdade por 20 anos, em boa fé, obstava à reclamação para a escravidão(717). — Constantino

reduziu esse prazo a 16 anos, mas exigiu título(718). Justiniano, revivendo a lei de Diocleciano e Maximiano, constituiu-a em 10 anos entre presentes, e 20 entre ausentes(719).

A prescrição de 30 anos ou mais longo tempo também podia ser invocada a favor da liberdade, ainda pelo possuidor de má fé, isto é, pelo escravo que cientemente tomava a posição ou estado de homem livre(720).

O Direito Novo introduziu prazos mais limitados para que alguém reclamasse como seu escravo o homem que estivesse na posse da liberdade. — É assim que, em geral, não se podia mais questionar sobre o *estado* de alguém, depois de sua morte, passados cinco anos; exceto se a favor da liberdade(721). E em outros casos a prescrição quinquenal aproveitava à mesma(722).

Com o progresso do Cristianismo, os Imperadores Cristãos introduziram novos prazos mais abreviados a favor daqueles que à Religião se consagravam. Assim: 1.º Justiniano declarou que o escravo que entrasse para o mosteiro e não fosse reclamado com fundamento dentro de três anos, ficaria pertencendo ao mesmo como livre(723);2.º ainda o mesmo Imperador determinou queo escravo que entrasse para o sacerdócio à vista e face do senhor, ficava logo livre e ingênuo(724); e que aquele que o fizesse ignorando-o o senhor, e não fosse reclamado dentro de um ano, ficaria igualmente livre(725).

§128.

Vejamos agora o que se passa por nosso Direito, e a aplicação a fazer do que fica exposto.

§129.

A questão de liberdade ou escravidão não pode ser tratada em Juízo arbitral, porque este é de convenção e transação, quando sobre a liberdade não é lícito transigir em sentido prejudicial à mesma: o que já havia sido expressamente declarado pelo Dir. Rom.(726).

§130.

Conseguintemente também tais causas são dispensadas da prévia conciliação(727); a ausência de sua tentativa não é, pois, motivo de nulidade do processo. Todavia não exclui o fato de se tentar e mesmo efetuar, valendo então por sentença, unicamente se for isto em sentido favorável à liberdade(728).

§131.

A ação de liberdade, como *prejudicial*, devera ser tratada em *forma sumária*(729). Mas, por estilo do foro, é tratada em *forma ordinária,* bem como a de escravidão; porque, em regra, são ou se podem tornar de alta indagação, e a questão de liberdade é conexa com a de escravidão.

Tratam-se, porém, em *forma sumária* as de *manutenção* de liberdade, quando alguém está na posse dela e teme ser esbulhado.

§132.

Ainda quando o asserto escravo, ou o livre ou liberto, tenha procurador, ou curador nomeado pelo Juiz de Órfãos(730), deve o Juiz da causa dar-lhe curador *in litem* , como aos menores e demais pessoas miseráveis, isto é, dignas da proteção da lei pelo seu estado ou condição(731).

§133.

A prova incumbe àquele que reclama contra a liberdade, seja autor ou réu, se o individuo reclamado como escravo ou a cuja ação de liberdade se faz oposição, está na posse dela, pois tem a seu favor a presunção *juris* de que — *todo o homem é livre por natureza* —(732). Não assim, se tal *posse de estado* não há, e o individuo tem ao contrário vivido em cativeiro(733).

§134.

Contra a ação de liberdade nenhuma prescrição se pode opor; a liberdade é inauferível e imprescritível(734).

§135.

À de escravidão, porém, ela se pode opor. Por via de regra, é a quinquenal(735). — Se o escravo se fez Religioso ou tomou ordens de sacerdote, poderia vir em dúvida se lhe aproveitaria a prescrição de três anos e de um ano, de que acima falamos(736); conquanto eu decidisse afirmativamente.

§136.

Mas, ainda que nem mesmo a de cinco anos pudesse ser invocada por ser a ação intentada em tempo, parece que o religioso, e o sacerdote, uma vez ligados pelos votos ou pelas Ordens, não pode mais ser reduzido à escravidão(737): só restaria uma obrigação de indenizar o seu valor a quem provasse o seu domínio, à semelhança de tantos outros casos(738).

O mesmo devemos dizer, quando motivos iguais ou semelhantes se derem, quais: 1.º de servir ao Estado na guerra ou por outra forma(739); 2.º estabelecer-se como livre, casando e criando-se uma família(740); 3.º estabelecer-se no comércio, na lavoura, na indústria, enfim em outras profissões de manifesta utilidade pública(741).

§137.

No julgamento sempre se deve decidir o mais favoravelmente que ser possa à liberdade(742). De modo que só se declare escravo e se mantenha como tal aquele sobre quem houver um direito evidente de propriedade; e ainda assim, se não for possível, em rigor ou ao menos por equidade e favor à liberdade, eximi-lo do cativeiro,posto que por meio de indenização ao senhor(743).

§138.

Os recursos são facultados *todos* a bem da liberdade; de sorte que, seja qual for o valor da causa, é admissível a apelação e a revista contra a decisão a favor da escravidão, sem atenção às alçadas pecuniárias(744). O mesmo não acontece, se a sentença é favorável à liberdade(745).

§139.

Também se concede a favor da liberdade o *benefício da restituição*, ainda que contra menores(746), porque *nada há mais digno de favor do que a liberdade*(747).

§140.

Os documentos oferecidos em defesa da liberdade são isentos de selo, bem como o processo; o qual será pago a final pelo vencido, se não for quem a defende(748).

Igual disposição é quanto ao imposto substitutivo da dízima de Chancelaria(749).

§141.

Quanto às custas, porém, o mesmo se não dá(750).

§142.

Pelo benefício de restituição, pode o indivíduo que defende sua liberdade vir com segundos embargos, apelar ou interpor a revista fora de tempo, apresentar os autos na superior Instância fora do prazo legal; havendo causa justificativa ou escusa legítima, os Tribunais e Juízes devem admitir(751).

§143.

Ainda mais: pode intentar ação rescisória ou nova demanda a favor da liberdade, mesmo quando tivesse havido julgamento contra ela em grau de revista; tal sentença nunca passaria em julgado, e pode ser desfeita porprovas supervenientes ou por outras causas justas(752); a liberdade é inauferível, seja qual for o título, pelo qual contra ela se pretenda.

§144.

Uma providência costuma preceder a propositura dessas ações de que tratamos; é o *depósito* do individuo em poder de pessoa idônea(753), à semelhança do depósito da mulher casada na ação de divórcio, ou nulidade do matrimônio; e isto a bem da segurança do mesmo, e da liberdade de sua defesa(754). — Tal depósito não é necessário, quando ele se acha na *posse de estado* de pessoa livre(755).

§145.

De todo o exposto fica, pois, patente de que favores o nosso Direito tem armado a causa da liberdade, mesmo em Juízo, quanto ao processo, além de inúmeros outros quanto à matéria, como vimos, e consta ainda de várias disposições(756).

SEÇÃO V. — PATRONOS. — SEUS DIREITOS. —

REVOGAÇÃO DA ALFORRIA.

Art. 1.º — *Direitos dos patronos, e revogação da alforria, segundo a legislação Romana.*

§146. — 1.º

Pela manumissão não se entendiam extintas completamente, entre os Romanos, as relações do liberto e manumissor. Este conservava a título de patrono (*patronus)* certos direitos, assim como contraía certas obrigações.

O liberto devia considerar-se membro da família do patrono(757), que a seu respeito era havido por *agnado*; parentesco fictício, d'onde derivavam todos aqueles direitos — *jura patronatus* —(758). Daqui vinha que os libertos tomavam ordinariamente os nomes e prenomes dos patronos(759); se reputavam ligados à casa ou família destes(760); e neles deviam achar um protetor, um defensor, um pai(761), que tinha obrigação de alimentar o liberto e valer-lhe quando necessitado(762).

Patrono era o manumissor, quer fosse o senhor propriamente dito, quer o herdeiro, ou mesmo um estranho(763). Um liberto podia ser patrono dos seus libertos(764).

Os direitos do patrono podiam vir de disposição da *lei,* ou de acordo ou *ajuste* com o liberto.

Da *lei* : 1.º e sobretudo o respeito e bons ofícios, como um filho reconhecido ao bem que se lhe havia feito, restituindo-o à sociedade, à liberdade(765); dever que se estendia aos filhos do liberto(766), e reciprocamente aos do patrono, aos quais corriam igualmente os deveres de piedade para com o manumitido ou seus filhos(767); conseguintemente não podia o liberto chamar a juízo o patrono, ou seus filhos e pais, sem

licença ou vênia do Juiz(768), bem como não podia intentar contra ele certas ações e acusação(769): 2.º alimentar, em caso de necessidade, o patrono, seus filhos, e pais(770): 3.º prestar-lhe serviços pessoais (*operæ officiales)* em ocasiões solenes, ou administrando seus bens, ou servindo de tutor aos filhos, quando lhe fosse exigido pelo patrono(771); estes serviços (officiales) terminavam com a pessoa do patrono, se o liberto se não houvesse obrigado expressamente; não passavam aos filhos e herdeiros do mesmo(772); 4.º o patrono sucedia *ab intestado* ao liberto, se este não deixasse descendentes; e se fizesse, em tais circunstâncias, testamento, deveria o liberto contemplá-lo com a quota legal(773); direito que perdia, se estipulava haver do liberto presentes e serviços (*dona et munera),* ou lh'os houvesse vendido, por equivaler à renúncia da herança(774), e ainda, entre outros casos, quando com seu consentimento se concedia o *jus aureorum annulorum* e a *natalium restitutio*(775).

Do *ajuste* com o liberto, quando este se obrigava a serviços principalmente *fabris* (*operæ fabriles*); para o que era necessário que se fizesse em forma de estipulação (*stipulatio*), ou debaixo de juramento(776); direito que passava aos filhos do patrono, ainda que não herdassem, se fosse constituído com relação aos mesmos(777).

O liberto ficava, porém, isento da obrigação ajustada de presentes e encargos (dona et munera), se tivesse dois filhos em sua companhia(778).

Podia o liberto ficar inteiramente desligado do patrono, quanto a obrigações para com o mesmo e seusfilhos ou herdeiros: 1.º se o manumissor assim o declarasse(779); 2.º nos casos em que por Direito era reputado sem patrono(780); 3.º pela *natalium restitutio,* e concessão do *jus aureorum annulorum,* aquiescendo o patrono(781); 4.º nos casos em que se perdiam os direitos de patrono(782). — Todavia permanecia sempre no

liberto a obrigação do respeito devido ao patrono, como permanecia no filho para com seu pai(783).

§146. — 2.º

O liberto ingrato podia a princípio ser punido pelo patrono, mesmo com o desterro para fora da cidade(784); até que lhe foi concedido por Claudio o direito de reduzi-lo de novo à escravidão(785): o que todavia foi restringido ao caso de persistir o liberto em não cumprir suas obrigações, sendo então vendido judicialmente e entregue o preço ao patrono(786). — Por último Constantino e Theodosio decretaram que, obtida sentença pelo patrono, lhe fosse o liberto ingrato entreguecomo seu escravo(787); direito mantido por Justiniano(788). — Era, pois, este um dos modos por que se caía em escravidão por Direito Civil(789).

Mas esta revogação não se concedia por qualquer motivo. Os Jurisconsultos e as leis distinguiam a ingratidão *simples* da *qualificada*; a primeira não autorizava a ação de revogação (revocatio in servitutem propter ingratitudinem), e só a última(790).

Em que casos, pois, era isto permitido? A quem?e contra quem? — É o que se acha decidido em várias leis de Antonino, Constantino, e Justiniano. — As causas só podiam ser — injuriar o patrono atrozmente, — pôr-lhe mãos ímpias, — causar grave prejuízo à fortuna do patrono por traição, — atentar contra a sua vida, — deixar de cumprir aquilo que houvesse ajustado por ocasião da manumissão(791). — A ação *ingrati liberti* só era permitida às próprias partes originárias, e jamais aos herdeiros do patrono, nem contra os herdeiros do liberto(792). O fiduciário igualmente a não podia intentar(793). — Também não tinha lugar a revogação por ingratidão, se a liberdade era havida pelo liberto a *título oneroso*(794).

Mas dependia sempre essa revogação de ação própria, em que se provasse a justa causa da mesma revogação de modo legítimo e convincente, e não ficava a arbítrio do patrono(795); porquanto era o princípio dominante que — *libertas semel data non revocatur*(796) —: princípio que obstava a que também a manumissão *causa mortis* fosse revogada *ad nutum*(797).

Art. II. *Por nosso Direito. — Espírito moderno.*

§147.

O assento da matéria por nosso Direito é a Ord. Liv. 4.º Tit. 63 §§7.º e seguintes, que se inscreve — *Das doações e alforrias que se podem revogar por causa de ingratidão.* — Por ela são causas justas de revogar por ingratidão a alforria não só as cinco apontadas nos §§l.º a 5.º da cit. Ordenação, deduzidas amplificadamente das leis Romanas acima referidas, mas ainda as outras declaradas nos §§7.º e 8.º, com a latitude de ser suficiente para esse efeito *alguma ingratidão pessoal,* mesmo *verbal,* posto que feita *na ausência,* e não na presença do patrono! com o adminículo enfim do §10 (comum a todas as doações) de ser nula, em geral, a cláusula pela qual alguém se obrigue a não revogar por ingratidão a doação(798)!

Basta, nos parece, o enunciado de tal legislação(799) para entrar o espírito em dúvida se ela se deve ainda hoje reputar em vigor, ou caduca no todo ou em parte. — Estudemos.

§148.

Quanto aos direitos de patrono.

Esse parentesco (fictício) que o constituía como que *agnado* do liberto, certamente ninguém o admitirá entre nós; nem com efeito se acha recebido. É uma ficção dos Romanos, como tantas outras, para fundamentar uma teoria, explicar certas

disposições(800). E todavia, entre eles, era a base ou princípio d'onde derivavam os direitos do patronado(801).

Faltando assim o fundamento de tais direitos, não se pode entre nós dar-lhes a mesma extensão que ali tinham; tanto mais, quanto, mesmo entre os Romanos, como vimos, o liberto podia ficar inteiramente exonerado das obrigações correspondentes a tais direitos, em muitos e diversos casos, embora subsistisse sempre a do respeito e bons ofícios para com o patrono, à semelhança do bom filho para com seu pai(802).

Esta deve, pois, ser a regra para nós; e os nossos costumes de longa data, a nossa Jurisprudência, o nosso Direito enfim parecem firmá-la.

Se alguns libertos tomam os apelidos dos patronos, pode ser um fato; porém jamais um direito ou uma obrigação.

Nenhuma lei obriga o patrono a defender o liberto em Juízo; se ele o fizer, é por ofício de piedade, quando for pessoa miserável ou carecedora de auxílio. Ante a nossa lei, o liberto é um homem *livre, sui juris.*

Também não tem obrigação rigorosa o patrono de alimentar o liberto. O Ass. de 9 de Abril de 1772, estatuindo regras nesta matéria,não compreendeu semelhante caso, conquanto interpretasse a Ord. Liv. 4.º Tit. 99, e em tempo em que a escravidão ainda existia em Portugal e não somente nas suas possessões(803).

Portanto, e reciprocamente, também não se pode entender que o liberto tenha rigorosa obrigação de alimentar o patrono(804); a obrigação é imperfeita(805).

O liberto, igualmente, não está inibido de intentar ações contra o patrono, ou acusação, e mesmo de dar denúncia; o Cod.

do Proc Crim. arts. 72, 73, 74, 75, não lho veda(806).

Entendemos que, do mesmo modo, não é o liberto adstrito aos serviços pessoais (*operæ officiales*), nem aos fabris (*operæ fabriles),* nem aos presentes e encargos (*dona* et *munera*), exceto se houver acordo ou ajuste entre o patrono e o liberto(807): — sendo, porém, tais serviços lícitos por Direito e pela Moral(808); salvo sempre a qualquer das partes o direito de os exigir ou não, e prestar ou não, conforme as circunstâncias, isto é, em termos hábeis, e ainda mesmo de recusar-se pagando a indenização(809).

Por último, entendemos que, por forma alguma, se pode conceder ao patrono um direito *forçado* ou legal sobre a herança do liberto, quer por testamento, quer não(810). — Esse direito de há muito havia caído em desuso na Europa(811). — Entre os Romanos ele se mantinha mediante inúmeras condições, e sempre fundado no fictício parentesco do patrono; era ainda um vestígio do anterior domínio do senhor sobre a propriedade *escravo* e suas *aquisições,* era uma disposição peculiar desse Povo, era mais um meio de haverem a si certas fortunas; direito a princípio amplo, e depois limitado por Justiniano; direito que, mesmo entre eles, o patrono perdia em vários casos, segundo vimos acima. — Entre nós, o liberto, quer tenha filhos, quer não, é igualado nos seus direitos civis aos demais homens livres, nacionais ou estrangeiros; pode dispor como lhe aprouver, segundo as leis gerais; se morreintestado, sem filhos, sua herança passa aos herdeiros que tenha, ou à mulher(812), e por último ao Estado, nos termos de Direito(813).

Devemos, pois, concluir que, rigorosamente, só ficam subsistindo do liberto para com o patrono os deveres de respeito, bons ofícios, e piedade filial, à semelhança de um filho agradecido(814); pelo que, se o tiver de chamar a Juízo, deve requerer a devida vênia ao Juiz(815). — Bem como, vice-versa,

do patrono para com o liberto, apenas os deveres de piedade paternal(816). — Eis a que se reduz, em nossa opinião, o Direito atual em tais relações.

§149.

Quanto à revogação por ingratidão.

Do que fica exposto já se deve naturalmente concluir qual o nosso parecer a respeito da outra magna questão, isto é, *da revogação da alforria por ingratidão.* — Quanto a nós, é inadmissível hoje semelhante ação(817).

Bem sabemos que a Ord. Liv. 4º Tit. 63 não foi *expressamente* revogada nesta parte. — Há mesmo decisões dos Tribunais do Império que a presumem ainda em vigor(818).

Mas de há tempos se levantaram sérias dúvidas a respeito; e graves pensadores se têm pronunciado em sentido negativo(819).

Na realidade, bem ponderada a questão, levantam-se a favor da opinião que acima emitimos, argumentos de tal valor, que, com um pouco de benevolência à causa da liberdade (aliás tão protegida pelas próprias leis, que a seu favor recomendam toda a equidade, ainda contra as regras gerais de Direito), não hesitamos em sustentá-la como única a seguir nos tempos atuais, e até que se extingua a escravidão ou se tomem outras providências.

Já vimos em outro lugar(820), que a manumissão ou alforria nada mais é do que a renúncia que o senhor faz dos seus direitos sobre o escravo em bem deste, isto é, a *restituição da liberdade* ao mesmo inerente, e cujo exercício e gozo fora suspenso pelo fato violento do cativeiro, *contrário à lei natural.* — Sendo assim, já os próprios Romanos haviam reconhecido

que a liberdade uma vez conferida não pode mais ser revogada; inúmeros textos o confirmam(821). Ainda mais; eles mesmos haviam declarado que a ação de revogar por ingratidão não cabia senão àquele que *manumitisse gratuitamente,* e não a quem apenas *restituía a liberdade devida*(822). — Há, pois, no fundo de tudo isto o grande pensamento de que a alforria não é mais do que *restituição da liberdade devida ao escravo; a qual,* portanto, *lhe não pode mais ser tirada por motivo algum. — O* princípio ou idéia dominante deve, pois, ser este — *libertas semel data non revocatur.* A liberdade é inauferível, imprescritível, superior à qualquer valor, digna do maior favor sobre todas as cousas, e não sujeita a ser sacrificada por questões pecuniárias ou outras de semelhante ou diversa natureza.

Por outro lado, a *ingratidão* — era qualificada pela lei, em tal caso, um *crime*(823); e a revogação da liberdade a *punição* de tal crime. — Era, pois uma verdadeira *pena,* embora fosse pedida por ação cível.

Mas que pena, grande Deus! para qualquer dos fatos qualificados justos motivos de revogação! Desde a *simples ingratidão verbal em ausência* até a *tentativa contra a vida do benfeitor*, tudo era causa justa de revogação! Pode-se dizer uma verdadeira rede em que o liberto podia facilmente cair, e ser arrastado de novo para a escravidão. — Salta, pois, aos olhos a barbaridade de semelhante pena, o *excesso odioso* de tal castigo. — Eis a razão também, por que ela caiu em desuso, como acontece com toda a lei que excede os limites do justo.

É digno ainda de notar-se a *desigualdade* em tal punição. Todas essas faltas do liberto eram castigadas do *mesmo modo,* isto é, com *a perda da liberdade,* fosse a ofensa verbal em ausência, fosse a tentativa de morte! Por outro lado; a ação é *personalíssima;* o herdeiro do patrono não a pode intentar em caso algum. Pois bem; o liberto *assassina* o patrono, fato de

muito maior gravidade do que a simples tentativa, ou outro qualquer declarado motivo justo para revogar a alforria; e todavia não pode sofrer essa pena por ter falecido o mesmo patrono, e somente ser punido como livre, embora agravado o castigo por circunstâncias que, na forma das leis, elevem a punição. — Não é, assim, claro o desacordo, diremos mesmo o absurdo de semelhante legislação?

Demais; não há fato algum dos aí enumerados que ou se não devam reputar somente da alçada da moral, e portanto fora da da lei, — ou sujeitos à penalidade da lei criminal, — ou à satisfação resultante do delito ou quase delito, — ou finalmente à indenização pela recusa de fazer ou não fazer. — Eis, por conseguinte, bem definida e firmada a sanção por qualquer infração que o liberto possa cometer contra o patrono, para salvar o respeito às leis(824), e dar plena satisfação ao patrono(825), sem dependência ou necessidade alguma de reduzi-lo ao antigo cativeiro(826).

Ainda mais: mesmo por Direito Civil geral, quanto às doações propriamente ditas, a opinião mais cordata hoje é que *elas não são revogáveis por ingratidão* —; e assim está consignado no esboço do Projeto do Código Civil para o Império(827). — Com muito maior razão deve semelhante princípio ser aplicável à revogação da liberdade; e desde já, visto como nossos costumes e Direito atual repugnam a uma tal revogação.

Acrescem outros argumentos de grande valia, produzidos já por doutos Jurisconsultos Brasileiros, quais sejam: 1.º quanto aos libertos nascidos no Brasil, fazer-lhes perder os direitos de cidadão Brasileiro contra o disposto na Constituição do Império, por estar fora dos casos taxativamente determinados nela(828); 2.º ser mesmo crime de reduzir à escravidão pessoa livre(829); 3.º ser oposto ao sistema penal

moderno Brasileiro, visto como tal pena foi virtualmente derrogada pela Constituição, e legislação penal atual(830).

Devemos ainda atender a outras considerações de ordem igualmente elevada, e que altamente interessam à sociedade. — Na revogação de uma *doação de bens,* a desordem é simples; é uma questão de *propriedade,* que afinal se resolve em restituição ou indenização(831). Mas, na revogação da alforria, o mesmo não acontece. É um homem, é mesmo um cidadão, que perderia todos os seus direitos, de cidadão, de marido ou mulher, de pai de família, de proprietário, lavrador, comerciante, manufatureiro, empregado público, militar, eclesiástico, enfim toda a sua *personalidade,* o seu *estado, família, direitos civis,* e mesmo *políticos* para recair na odiosa e degradante condição de escravo; sofrendo assim o que os Romanos denominavam uma *capitis deminutio maxima*; e com ela arrastando a aniquilação completa de sua família (aliás base do estado social), e todas as outras irreparáveis conseqüências. Seria uma verdadeira desorganização, que afetaria profundamente a própria sociedade civil, com grande prejuízo e dano do Estado, da pública utilidade. — E pode acaso tolerar-se que isto se verifique no nosso século, na época em que vivemos, com as tendências e louváveis aspirações, já não somente de favor à liberdade mantida a escravidão, mas de abolição da própria escravidão? Parece-nos que a consciência e a razão de cada um, mesmo Juiz, está respondendo que não; e que essa lei se deve ter por obsoleta, antiquada, e caduca, derrogada ou ab-rogada pelas leis posteriores, pelas idéias do século, e costumes da nossa época e sociedade, da nossa civilização e progresso.

Nem é razão de duvidar o não haver *lei expressa* em contrário. É este um argumento que espíritos timoratos costumam opor. Uma lei não se entende caduca ou não vigente só quando é *expressamente* revogada por outra. Basta que o

Direito superveniente seja tal, que com ela não possa coexistir na devida harmonia, dando lugar a contrasensos, a oposições, a decisões repugnantes em sua aplicação ou de conseqüências repugnantes. A lei entende-se então caduca, derrogada ou ab-rogada(832). O Direito deve, no seu complexo, ser um todo harmônico, e não um amálgama de elementos ou princípios disparatados e mesmo heterogêneos(833); é a perfeita concordância das suas partes, a coerência de suas determinações, essa unidade enfim, que fazem a sua perfeição, a sua beleza, a estética do Direito. É ela que constitui a sublime maravilha das leis da natureza, tão simples, tão harmônicas. Procure o homem, feito à imagem do Criador, imitá-lO, quando não absolutamente nessa simplicidade e perfeição, ao menos nessa harmonia, quanto às leis humanas, conformando-se o mais possível com as leis naturais, que não lhe é dado transgredir(834).

CAPÍTULO IV.

LIBERTOS. — SEUS DIREITOS, CIVIS, POLÍTICOS, E PÚBLICOS.

§150

Já vimos em outro lugar(835), que, entre os Romanos, a manumissão não importava sempre ao liberto a qualidade de *Civis Romanus,* pois também alguns eram *latinos* e outros *dediticios*(836); assim como que os *latinos* adquiriam muitas vezes a posição de *cives;* até que afinal Justiniano extinguiu todas essas diferenças de libertos, e deu a todos a qualidade de *cives Romani,* abolida qualquer distinção entre *ingênuos* e *libertos*(837).

Anteriormente, aquela diversidade trazia concessões diversas de direitos, mesmo civis, aos libertos, sendo os mais favorecidos os *cives* (que adquiriam *jus civitatis),* sem que todavia fossem igualados aos *ingênuos* (*optimo jure cives*): o que se foi modificando por tal forma, que os libertos foram sendo admitidos a todos os cargos, e mesmo ao Império(838).

Dois remédios se davam para completa reabilitação do liberto, e ser ele havido por ingênuo sem mácula do anterior estado; eram o *jus aureorum annullorum,* que o elevava com a ingenuidade à condição de cavaleiro Romano(839), e a *natalium restitutio,* que fazia desaparecer todo o vestígio da escravidão, ainda quanto à sua ascendência(840). Estes benefícios, a

princípio, dependiam de graça especial do Principe(841); Justiniano, porém, os concedeu por via de regra e força da lei(842).

§151.

Entre nós, pelo Pacto Fundamental é Cidadão Brasileiro por nascimento o liberto que no Brasil tenha nascido(843). — Assim como pode sê-lo por naturalização aquele que não for nascido no Império; porque nem a Const. nem as leis sobre naturalização o impedem; até poderia sê-lo em virtude de resoluções especiais do Poder Legislativo(844). — Se a condição anterior (de escravo) não inibe de ser cidadão brasileiro quando nascido no Brasil, não há razão alguma que exclua de sê-lo por naturalização, quando nascido fora dele.

§152.

Pela manumissão, o escravo fica restituído à sua natural condição e estado de homem, de *pessoa*, entra para a *comunhão social*, para a *cidade*, como diziam os Romanos(845), sem nota mesmo da antiga escravidão(846).

É então que ele aparece na sociedade e ante as leis como pessoa (persona) propriamente dita, podendo exercer *livremente*, nos termos das leis, como os outros cidadãos, os seus direitos, a sua atividade, criar-se uma *família, adquirir plenamente para* si, *suceder* mesmo ab-intestado, *contrariar, dispor* por atos entre vivos ou de última vontade, praticar enfim todos os atos da vida civil, à semelhança do *menor* que se *emancipa plenamente*(847). Pode mesmo ser tutor ou curador(848).

Já em outros lugares tivemos ocasião de dizer mais alguma cousa a este respeito; é escusado repetir(849).

§153.

Mas a lei, atendendo a preconceitos de nossa sociedade, originados já não tanto do vil e miserável anterior estado do liberto, como da ignorância, maus costumes, e degradação, de que esse estado lhe deve, em regra, ter viciado o ânimo e a moral, e bem assim ao preconceito mais geral contra a raça Africana, da qual descendem os escravos que existem no Brasil, tolhe aos libertos alguns direitos em relação à vida *política e pública.* — É assim que o liberto cidadão Brasileiro só pode votar nas eleições primárias, contanto que reúna as condições legais comuns aos demais cidadãos para tal fim(850). — Não pode, porém, ser eleitor(851); e conseguintemente exercer qualquer outro cargo, quer de eleição popular, quer não, para o qual só pode ser escolhido aquele que pode ser eleitor ou que tem as qualidades para sê-lo, tais como: deputado geral ou provincial, senador(852), — jurado(853), — juiz de paz(854), — subdelegado, delegado de polícia(855), — promotor público(856), — Conselheiro de Estado, Ministro, Magistrado, membro do Corpo Diplomático(857), Bispo, e outros semelhantes(858).

§154.

Não é, porém, inibido de ser Vereador, quando cidadão Brasileiro, porque para isto basta a qualidade de votante(859); e, por conseguinte, de exercer outros cargos públicos, de que não seja expressamente excluído, ou tacitamente por não ter a qualidade de eleitor(860).

No exército e marinha pode o liberto servir, quer voluntariamente, quer por via de recrutamento quando cidadão Brasileiro(861). — Em Roma eram até a *milícia* e a *marinha* modos porque o *latino* adquiria a qualidade de *Romano*(862).

Pode e deve ser o liberto qualificado na Guarda

Nacional, quando Brasileiro(863). — Mas não pode ocupar postos de Oficiais(864).

§155.

Vê-se, pois, que, em relação ao exercício de direitos políticos e do poder público, da soberania nacional, a posição e condição dos libertos em nossa sociedade é altamente restringida. — Seria, talvez, para desejar que as leis fossem modificadas em sentido mais liberal, emborase exigissem condições ou habilitações especiais. Não há razão alguma de ordem qualquer, que justifique a exclusão de indivíduos instruídos, morigerados, de qualidades estimáveis, quais podem ser em muitos casos os libertos, a quem se haja dado conveniente educação, de exercer empregos e cargos, de que aliás são atualmente excluídos só porque não nasceram *ingênuos*! e quando pelas próprias leis a nota de liberto desaparece por um efeito retroativo, e por benefício extraordinário da mesma lei! — Uma reforma concebida em termos hábeis aumentaria o número dos Servidores do Estado, e concorreria para ir extinguindo essa diversidade de classes, suas naturais rivalidades e odiosidades provenientes de uma desigualdade pouco justificável, e para fomentar a homogeneidade e fraternidade dos cidadãos, aunidade da Nação, sem a qual nenhum povo é verdadeiramente grande. Não é com elementos heterogêneos, não é com essa odiosa divisão e repartição, não é abandonando os próprios Brasileiros livres nascidos no Império e sujeitando-os à condição de seus pais estrangeiros, sobretudo durante a minoridade em que mais precisam do apoio e proteção de sua pátria, que se faz ou cria o *espírito nacional*; é, ao contrário, aumentando o número dos cidadãos, e fazendo-lhes apreciar eficazmente as vantagens da nacionalidade, como já dizia o grande Justiniano quando conferiu a todos os libertos a qualidade de cidadãos Romanos — *ampliandam magis civitatem nostram, quam minuendam*

esse censemus.

FIM DA 1.ª PARTE.

Notas

(1) V. Cap. 4.º desta Parte 1ª

(2) Paulo, L. 3.ª §1.º Dig. de cap. minut. IV, 5 — Servile caput nullum jus habet; — Ulp. L. 32 Dig. de reg. jur L, 17. — Quod attinet ad Jus Civile, servi pro nullis habentur: — Ulp. L. 209 eod — servitutem mortalitati fere comparamus.

(3) *Jura civitatis*, que se perdiam pela *capitis minutio media*, e implicitamente também pela *maxima*; sendo que todavia nenhuma era aplicável ao escravo por não ter direito algum. (L. 3.ª §1.º Dig. cit.).

(4) Paulo, L. 175 Dig. de reg. jur. L, 17 — In his quæ officium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest; L. ult. Dig. eod — servus reipublicæ causa abesse non potest. — V. Pothier Pandectæ L. 50 tit. 17 n.os 96 e 97, tom. 5.º pag. 17. — Os *servi publici*, classe favorecida, podiam exercer alguns, como o de *tabelliones*, e gozavam de certos direitos (Fresquet, Droit Rom. L. 1.º Cap. 2.º in fine).

(5) Alv. do 1.º de Abril de 1680; Decr. de 20 de Dezembro de 1693; Alv. de 16 de Janeiro de 1773 — nas palavras — E considerando a grande indecência que as ditas escravidões inferem aos meus vassalos, as confusões e ódios que entre eles causam, e os prejuízos que resultam ao Estado de ter tantos vassalos baldados e inúteis, quantos são aqueles miseráveis que a sua infeliz condição faz incapazes para os ofícios públicos, para o comércio, para a agricultura, e para os tratos e contratos

de todas as espécies...

(6) Av. de 28 de Janeiro de 1811, Col. Nab.; — Repert. de Cunha Matos, v. escravos; — Repert. do Dr. Furtado, v. escravos; Circ. n.º 595 de 27 de Dezembro de 1860. E inúmeras decisões, mesmo moderníssimas (1863 — *Diário Oficial*) mandando restituir aos senhores escravos recrutados ou apresentados voluntariamente, quer para o exército, quer para a marinha.

(7) A escravidão constitui *irregularidade* para serem conferidas as *Ordens* (Can. 20, dist. 54, Decret. Cap. de servis non ordinandis — Abade Pierrot, Dict. de theolog. mor. Paris 1849 v. esclavage, irrégularité; — Abade André, Cours de Droit Canon. Paris 1839, v. esclave; — Padre Monte de Araújo (Conde de Irajá, Bispo do Rio de Janeiro; Comp. de Theolog. Mor., e Dir. Eccles.) Irregularidade que, em regra, também compreende o liberto (C. si quis 7, cit. dist. 34).

(8) V., em desenvolvimento, o magnífico trabalho de Wallon — Hist. de l'esclavage dans l'antiquité — 3 vol. Paris 1847; obra coroada pelo Instituto de França.

(9) Savigny, Droit Rom. trad. por Guenoux, perfeitamente os distingue (tom. 1.º §55); Marezol, Droit Privé des Romains, trad. por Pellat, 1832 §70; — Mackeldey, Manuel de Droit Rom. §125.

(10) Gaio, Comm. I §52; L. 1ª §1º Dig. de his qui sui vel alien, jur. I, 6 — Nam apud omnes gentes animadvertere possumos dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse.

(11) Cap. 3.º, Sec. 3.ª, arts. 1.º, 2.º e 3.º desta parte 1.ª

(12) Ulp. L. 23 §9 Dig. ad legem Aquil. IX, 2.

(13) Gaio, Com. I §53; L. 1.ª §2º Dig. de his qui sui, etc. - Sed

hoc tempore, nullis hominibus , qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum et sine causa legibus cognita in servus suos sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri, quam qui allienum servum occiderit.

(14) Ulp. L. 1.ª §§l.º e 8.º Dig. de officio præfecti urbi; — Inst. J. §2.º (I, 8) de his qui sui vel alien. jur. — Si intolerabilis videatur sæevitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere; L. 2,ª Dig. eod — Si dominus in servos sœvierit, vel ad impudicitiam, turpemque violationem compellat... dominorum interest ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur... ideoque cognosce... et, si durius quam æquum est, vel infami injuria affectos cognoveris, veniri jube, ita ut in potestatem domini non revertantur.

(15) Ulp. L. 2.ª Dig. de his qui sui., etc.

(16) V. Champagny, les Cesars; — Wallon, já cit. — Caqueray — L'esclavage chez les Romains — Paris 1864.

(17) Marciano L. 42 Dig. de contrah. empt. XVIII, 1; — Modestino L. 11 §§1.º e 2.º Dig. ad Leg. Cornel. de siccar. XLVIII, 8.

(18) L. de Antonino já cit.; — Constantino no Cod. Theodos. L. IX tit 12; — L. un. Cod. J. de emendat. servor IX, 14 — Si virgis aut loris dominus servum afflixerit, aut custodiæ causa in vincula conjecerit; dierum distinctione sive interpretatione sublata, nullum criminis metum servo mortuo sustineat. Nec vero immoderate suo jure utatur; sed tunc reus homicidii sit...

(19) L. un. Cod. cit. — Como sejam, pedras, dardos, fogo, veneno, etc.

(20) Ord. L. 5.º tit. 36 §1.º; Repert. das Ord. v. *castigar pode...* nota ad verba o *senhor ao escravo;* Cod. Crim. art. 14 §6.º, Av. de 11 de Novembro de 1835. Podia, porém, e pode o senhor prender o escravo por *castigo,* sem incorrer em crime de *cárcere privado* (Ord. L. 5.º tit. 95 §4.º; Repert. cit. v. *senhores podem prender...*; Corrêa Telles, Acc. notas 49 a 51); mas sem excesso, *moderadamente* (Mello Freire, Dir. Crim. Tit. 4.º §11).

(21) LL. Romanas cit.; — Cod. Crim. art. 14 §6.º — É preciso que, além de *moderado,* não seja o castigo *contrário às leis em vigor* (cit. art. 14 §6), como queimar o escravo, feri-lo com punhal, precipitá-lo no mar, ofendê-lo enfim por modos semelhantes.

(22) Repert. das Ord. cit. supra; — Prov. em Res. de Consulta de 20 de Março de 1688; — Circ, nº 263 de 25 de Novembro de 1852. — Sem que se lhe possa opor o princípio do art. 179 §22 da Const. do Imp., que não é aplicável senão às questões de propriedade exclusivamente tais.

(23) Provis. de 27 de Novembro de 1779.

(24) Circ. cit. n.º 263 de 1852; Cod. do Proc. Crim., art. 125.

(25) L. do 1.º de Outubro de 1828 art. 59. — A já cit. Provis. de 20 de Março de 1688 até mandava que sobre este objeto se tirassem devassas anualmente, e se admitissem denúncias.

(26) Macer. L. 10 Dig. de pœnis XLVIII, 19; — Claud. Saturn. L. 16 §3.º eod; Callistr. L. 28 §16 eod; e outras. — Majores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos punierunt. — Aliter enim puniuntur in iisdem facinoribus servi quam liberi.

(27) L. 10 Dig. de pœnis.

(28) L. cit.; e várias correlativas.

(29) Statuliber. — Antonino Pio na L. 9.ª §ult. Dig. de pœnis XLVIII, 19. Anteriormente ele era sujeito aos açoites e às outras penas, como os escravos (L. 29 Dig. de statulib. XL, 7). — V. Cap. 3.º Seç. 3.ª art. 7.º desta Parte 1.ª

(30) Ulp. L. 1.ª Dig. de pœnis XLVIII, 19. — Quotiens de delicto quœritur, placuit non eam pœnam subire quem debere, quam conditio ejus admittit ex tempore quo sententia de eo fertur; sed eam, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, quum deliquisset.

(31) Arg. do statuliber; — Paulo L. ult. Dig. Si ex nox. causa II, 9: Nov. 115, 134; Gothofredo nota 36, em comentário à L. 1.ª Dig de pœnis cit., diz — *punitur... imo ut liber.*

(32) L. 8 §ult. Dig. de pœnis — sive in perpetua vincula fuerit damnatus servus, sive in temporalia, ejus remanet, cujus fuerit, antequam damnaretur; — L. 10 pr. eod; — servus.... flagellis cæsus domino reddi jubetur; — L. 28 §4.º, L. 38 §4.º eod.; — L. 1ª in fine Cod. qui non possunt ad libertat, perven. VII, 12; L. 9 §1.º Dig, qui et a quib. manum. XL, 9; — L. 13 Dig. de stat. hom. I, 5 — Servus in causa capitali, fortunæ judicio a domino commissus, etsi fuerit absolutus, non fit liber. — Não se tinha por abandonado (pro derelicto); caso em que se poderia haver por livre (L. ult. Dig. pro derelicto, e outras).

(33) Não se mandava restituir ao senhor, ainda que fosse perdoado pelo Príncipe (L. 8.ª §12 Dig. de pœnis). O que não tem aplicação alguma entre nós, por não haver *servidão da pena*; a qual, mesmo entre os Romanos, foi abolida por Valentiniano e Justiniano.

(34) Papin. L. 9 Dig. de calumniat. IV, 1; — Ulp. L. 27 Dig. ad legem Juliam de adulter. XLVIII, 5; — L. 7 §3 Dig. de jurisdict.

II,1.

(35) Arcadio L. 21 §2.º Dig. de test. XXII, 3; — e outras.

(36) Como dissemos acima. — V. Caqueray pag. 19.

(37) Senatus-Consulto Silaniano, promulgado por Augusto. — Ulp. L. l.ª pr. e §§22, 27, 28, 31 Dig. de S.C. Silan. XXIX, 5; Modest. L. 29 eod.

(38) Wallon já cit.; — Troplong, Influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains; — Chateaubriand, Le génie du Christianisme.

(39) Ulp. e Paul. Dig. de quœstion; Cod. de Diocleciano L. IX; — LL. l.ª e outras do Cod. J. de quœstion IX, 41.

(40) Cod. Theodos. L. 14 L. IX tit. 1.º L. 13 Cod. J. de accusation IX, 2.

(41) Cod. Theodos. 1. 2 L. IX tit. 40; L. 17 Cod. J. de pœnis — IX, 47 — quo facies quæ ad similitudinem pulchritudinis cœlestis est figurata, minime maculetur.

(42) Ord. L. 5.º tit. 62 §1.º — Vestígios da legislação Romana.

(43) V. Provis. de 3 de Abril de 1720, Alv. de 3 de Março de 1741 — Marcavam não só como *pena,* mas ainda como *sinal* para mais facilmente serem reconhecidos, à semelhança do que se pratica nos animais.

(44) Ord. L. 3.º tit. 41. e outras.

(45) Verdadeira legislação Draconiana era, em geral, a da Ord. L. 3.º — Excesso que redobrava contra os escravos; v. g., o escravo que trouxesse arcabuz (arma de fogo) menor de 4 palmos era punido de morte!

(46) Art. 179 §19.

(47) Art. 179 §19; Av. 283 de 26 de Junho de 1865.

(48) V. Anotações ao Código Criminal Brasileiro pelo Dr. Thomaz Alves Junior. 1864.

(49) Art. 60, 113. — A L. de 24 de Janeiro de 1756 proibiu punir com açoites os negros e mulatos *livres,* e ordenou que com eles se obervassem as leis do Reino.

(50) Ord. L. 1.º tit. 63 §24, L. 5.º tit. 41, tit. 60 §2.º, tit. 86 §5.º, L. cit. de 1756, e outras.

(51) L. de 10 de Junho de 1835.

(52) Só as de multa e prisão na forma do art. 72 da L. do 1.º de Outubro de 1828 (Av. 309 de 21 de Julho de 1860, n. 51 de 30 de Janeiro, 334 de 6 de Junho, 468 de 17 de Outubro de 1861 ns. 10 de 12 de Janeiro, 59 de 14 de Fevereiro de 1862, e outros.

(53) Av. de 10 de Junho de 1837. — Cuja doutrina se deve entender geral, e portanto aplicável a qualquer outra Autoridade.

(54) Alv. de 15 de Julho de 1775 §12.

(55) Odiosa retringenda. — Demais, em matéria criminal, a interpretação é sempre restritiva, e favorável ao réu.

(56) Como aliás já havia sido decidido entre os Romanos na L. 14 Dig. de quœstion,; e L. 9 §16 Dig. de pœnis. — V. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, tom. 2.º N. 1 Parte l.ª

(57) V. Cap. 3.º Seç. 3.º art. 7.º desta Parte l.ª

(58) Parece que não pode exceder a 200; e em todo caso, ouvido

o juízo médico na execução. (Circ. 365 de 10 de Junho de 1861).

(59) Cod. Crim. art. 60.

(60) V. Dr. Thomaz Alves, Anot. ao Cod. Crim. Bras. — Os Tribunais do Império assim têm procedido, modificando mesmo em alguns casos as sentenças dos Juízes inferiores, e recomendando moderação. O Governo também o há expressamente feito, sobretudo na Circ. n. 365 de 10 de Junho de 1861.

(61) Enquanto a Assembléia Geral não resolve outra cousa, deve o escravo sofrer a pena de galés sem que o Juiz a possa comutar em açoites. (Av. de 3 de Fevereiro de 1836).

(62) Av. n. 30 de 9 de Março de 1850 ao quesito 3.º — Sem que possam ser comutadas pelo Juiz em prisão perpétua. (Av. 219 de 24 de Abril de 1865).

(63) Av. de 22 de Julho e 9 de Agosto de 1850 — no Aditam. à Col.

(64) Av. cit. de 9 de Agosto de 1850.

(65) V. adiante §10 e nota 93.

(66) V. nota 73. Interpretação restritiva. — O Av. n. 219 de 24 de Maio de 1865, parecendo contrário, todavia não decidiu a dúvida.

(67) Acc. de 5 de Abril de 1865 em o processo 11. 1838, vindo de Pouso Alegre, recorrente Candido Lopes de Oliveira, recorrida a Justiça. — Mas parece que se não pode estabelecer como absoluta semelhante doutrina; porque a intenção do legislador é que não seja passível da pena de galés, em razão da idade, o menor de 21 anos e o maior de 60: devendo-se, pois,

olhar não exclusivamente para a época ou data do delito, mas igualmente para a da condenação, a fim de se aplicar o que for mais favorável ao réu, segundo uma regra conhecida e recebida de Direito Criminal.

(68) Av. 109 de 13 de Abril de 1855.

(69) Av. cit. de 1855, em contrário a duas decisões, de 7 de Novembro de 1854 e 17 do Fevereiro de 1855, do Juiz de Direito Crime da l.ª Vara desta Corte, e à Ord. do 12 de Janeiro de 1854, que declarou obrigado o senhor pela pena pecuniária imposta ao escravo.

(70) Cod . Penal art. 28 §1.º; Av. cit. de 1855.

(71) Idem; arg. dos arts. 154, 157 do Decr. ou Reg. de 31 de Janeiro de 1842.

(72) Dr. Thomas Alves cit., tom. 1.º pag. 624.

(73) Av. 140 do 1.º de Junho de l964. — Regra que parece dever-se entender geral; e aplicável portanto em outros casos, v. g., quando a pena de galés é comutada por virtude do disposto no art. 45 do Cod. Penal. (V. nota 66).

(74) Que diz o seguinte: — Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave ofensa física, a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes que em sua companhia morarem, a administrador, feitor, e às suas mulheres que com eles viverem. Se o ferimento ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites, à proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes.

(75) Os elementos naturais e perpétuos, originados da escravidão, exacerbaram-se com a crise revolucionária de 1831

que abalou profundamente a nossa sociedade. Daí os fatos graves, que exigiram as providências excepcionais e de rigor que se tomaram para debelar e subjugar o inimigo doméstico — o escravo.

(76) V. §10 e nota 93 seguintes.

(77) L. n. 562 de 2 de Julho de 1850, e Reg. n. 707 de 9 de Outubro do mesmo ano.

(78) Por conseguinte a da L. cit. de 1835, se se der o caso dela.

(79) Cod. Crim. art. 28 §1.º

(80) Idem.

(81) L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 68, que derrogou o art. 31 do Cod. Crim., e o art. 269 §5.º do Cod. Proc. Crim.

(82) L. cit. de 1841 art. 36.

(83) Dig.de noxal. action. IX, 4. — Ord. L. 5.º tit. 86 §5.º; Mello Freire, Dir. Crim. tit. 7.º §7.º; Corrêa Telles, Acc. §437.

(84) Noxæ deditio — Ord. L. 5.º cit.; Ord. Man. L. 5.º tit. 83 pr. — V. nota supra.

(85) Cod. Crim. art. 28 §1.º

(86) Cod. cit. arts. 11, 22, 30, 31. — V. Dr. Thomaz Alves cit. ao art. 28 §1.º; Dr. Olegario na Revista Jurídica — 1865 pag. 283.

(87) A razão e o espírito do art. 28 §1.º Cod. Crim. conduzem a esta conclusão. — V. Consolidação das Leis Civis Brasileiras 2.ª edição 1865 - nota 5 ao art. 807.

(88) Ulp. L. 14 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7 — Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; L, 6.ª Dig. de nox. act.; L. 29 pr. Dig. de statulib. XL, 7; L. 4.ª Cod. an servus... IV, 14.

(89) Ulp. L. 5.ª §1.º Dig. de nox. act. — Sive manumiserit..... dominus tenetur; — L. 6.ª eod — sed et ipse servus manumissus tenetur; — Inst. J. L. 4.º tit. 8.º de nox. act. — Esta responsabilidade do senhor pelo escravo, depois de liberto, não pode ser aceita no nosso Direito; porquanto, segundo o art. 28 do Cod. Crim., ela é apenas *subsidiária:* por modo que, dando-se a *ação direta* contra o causador do dano, seele (liberto ou staluliber) não puder pagar a indenização, dever-lhe-á ser comutada a sua importância em prisão na forma geral do art. 32 Cod. Crim. e Av. Circ. n.º 183 de 18 de Outubro de 1854. (V. contra este Aviso a Consol. das Leis Civis Brasil. 2.ª edição nota 4 ao art. 799).

(90) Gaio, Com. IV §78; — Inst. J. §6.º de nox. act. — Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Ideoque .... si servus .... manumissus fuerit, neque cum ipso .... agi potest; — L. 6.ª Cod. an servus .... IV, 14-ex antecedentibus post datam libertatem eos nulla ratio juris a dominis quondam conveniri patitur.

(91) Inst. J. §3.º de nox. act. — Sin autem damnum ei cui deditus est (servus) resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prœtoris invito domino manumittetur.

(92) V. Cod. do Proc. Crim.; L. de 10 de Junho de 1835; L. do 3 de Dezembro de 1841; Reg. de 31 de Janeiro de 1842; e outras disposições.

(93) São-lhes por conseguinte aplicáveis os princípios sobre a isenção de imputabilidade (Cod. Crim. arts. 3.º e 10.º), ainda nos casos especiais da L. de 10 de Junho de 1835 (Av. n.º 190

de 17 de Julho de 1852), sobre a justificação do delito (Cod. cit. art. 14), sobre a agravação ou atenuação da criminalidade (Cod. cit. arts. 15,16,17,18,19 e 20; L. de 10 de Junho de 1835), sobre a imposição das penas e sua execução (Cod. cit. arts. 33 a 64) com a restrição do art. 60. — Do mesmo modo, em relação ao processo. De sorte que se devem neste observar todas as formalidades, que em geral exigem as leis, quer na formação da culpa, quer no julgamento, admitindo-se mesmo a defesa fundada em prescrição, livrarem-se soltos mediante fiança, usarem de todos os recursos (Cod. Proc. Crim., l. de 3 de Dezembro de 1841, Reg. de 31 de Janeiro de 1842); salvas as disposições especiais (L. de 10 de Junho de 1835, L. cit. de 1841 art. 80, Reg. cit. de 1842 art. 501). E assim, para a imposição da pena de morte, mesmo no caso da L. de 10 de Junho de 1835, não basta a simples confissão do escravo (Cod. Proc. art. 94, Avs. de 8 de Outubro de 1849, 14 de Fevereiro de 1851); ainda para a imposição dessa pena, quando por Juiz coletivo, são necessários pelo menos dois terços dos votos sobre o fato principal e sobre cada uma das circunstâncias que a lei exige para que seja ela imposta e das *constitutivas* do delito (L. cit. do 1841 art. 66, Reg. de 1842 art. 383, Av. cit. de 1851). Em caso de empate, mesmo sobre o grau de pena, deve seguir-se a parte mais favorável ao réu (*voto de Minerva.* — Decreto de 22 de Agosto de 1833 à Resol. de 9 de Novembro de 1830 art. 3.º, L. cit. de 1841 art. 66).

(94) Const. art. 179 §§8.º a 10.º, Cod. do Proc. Crim. art. 340. E assim o tem entendido a Relação desta Corte (V. Acc. de 19 de Agosto de 1864 em petição de *habeas-corpus* n.º 120, no *Diário Oficial* de 20 do mesmo.

(95) Cod. Proc. Crim. art. 72; Av. (add.) de 27 de Abril de 1853.

(96) Cod. do Proc. cit. art. 73. — O Av. cit. de 1833, e n.º 377 de 30 de Agosto de 1865 (que definiu o termo *miserável* deste

art. 73) parecem opor-se. Mas, se o senhor não der a queixa, e visto se não admitir a fazê-lo o escravo diretamente por si só, deverá ficar impune o delito, podendo ser culpado o próprio senhor? Repugna que assim seja; cabendo então a salutar providência do art. 73 cit., quando o caso não for de acusação por denúncia, ou procedimento oficial da Autoridade. *Miserável*, em Direito, não é só o *pobre*; é também todo aquele que, por sua *condição especial*, qual o escravo, pelas *circunstâncias de sua posição,* se reputa digno dofavor e auxílio da Lei.

(97) Cod. Proc. cit. art. 75 §2.º

(98) Cod. Proc. art. 89. — E se for contra o senhor, fica debaixo da proteção da Autoridade a fim de evitar que o senhor o sevicie (Av. n.º 263 de 1852 — podendo mesmo ser este obrigado a assinar termo de segurança).

(99) Arg. da Ord. L. 3.º tit. 41 §9.º; Cod. Proc. Crim. arts. 97, 98, 99,142 e 265. E tal é a prática de julgar.

(100) L. cit. de 1835 art. 4.º, L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 80, Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 501, Circ. 264 de 27 de Novembro de 1852 sobre Resol. de Cons, do Conselho de Estado pleno. — Essa disposição refere-se tão somente ao caso de condenação, ou também ao de absolvição? Os Tribunais do Império se têm pronunciado por ambas as opiniões; de sorte que, fundado no relatório apresentado pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o Governo submeteu a dúvida ao Corpo Legislativo para a resolver (V. Relat. do Min. da Just. de 1865). Parece todavia mais aceitável a doutrina que entende em sentido lato a disposição, não só porque, tendo-a o art. 80 cit. consignado não fez distinção alguma, e seria redundante se quisesse reproduzir apenas o que já estava na L. de 1835, como porque assim se colige da discussão nas Câmaras e sobretudo no Senado por essa ocasião, e é de hermenêutica criminal que a lei

penal se entenda, em caso de dúvida, a favor do réu. — Também no caso em que o julgamento seja de Juiz singular, qual o de homicídio ou roubo nas fronteiras do Império de que trata a L. de 2 de Julho de 1850? Os Tribunais igualmente se acham divididos em opiniões opostas. E ainda ultimamente por Acc. de 25 de Agosto de 1865 em processo n.º 5109, vindo de Bagé, a Relação desta Corte decidiu, *por maioria apenas de um voto,* não conhecer do recurso. Em outros tem tomado conhecimento. — A que época se deve referir para negar-se o recurso, à da perpetração do delito, à da pronúncia, ou à da condenação? É dúvida; parecendo prevalecer a doutrina de que basta que o *delito* possa ser punível de morte, porque a lei refere-se ao *crime* e não à *pena imposta;* e assim se tem julgado na Relação desta Corte. (V. Acc. da Rel. da Corte do 1.º de Setembro de 1865 em o processo n.º 5103). Apesar de que é mais racional que isto se tire a limpo pelo plenário do processo, por ser exatamente isto em que fica demonstrado se o fato criminoso étal, que incorra o delinquente na proibição de recursos; e assim foi julgado na Rel. desta Corte por Acc. de 24 de Abril de 1866 no processo n.º 5324.

(101) L. de 10 de Junho de 1835 art.2.º; Cod. Proc.Crim. art. 319.

(102) L. de 11 de Setembro de 1826, Decr. de 9 de Março de 1837, Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 501, Regs. n.os 804 de 1851, 1293 de 1853, 1310 de 2 de Janeiro de 1854, 1438 de 14 de Outubro de 1854 art. 1.º e seguintes, Av. de 27 de Outubro de 1857 — Suspende sempre a execução da pena última (Const. art. 101 §8.º, L. cit. de 1826 art. l.º, Av. de 17 de Fevereiro de 1842, de 6 de Novembro de 1862, Av. de 9 de Novembro de 1865.) — Ainda a bem de escravo deve ser remetido *ex-officio,* em tal caso, na forma geral (Av. cit. de 1857;. — Anteriormente, o Decr. de 11 de Abril de 1829, mandado observar pelo Av. de 26 de Fevereiro de 1834 ordenava que se

executasse *logo* a sentença, sem que fosse permitido nem mesmo o recurso de graça!

(103) V. Conselheiro Ferrão, Teoria do Direito Penal 1857. — E até mereceu o nosso Código ser traduzido em francês por Victor Foucher.

(104) Felizmente a antiga bárbara legislação que nos regia foi revogada; tal pena não se acha aplicada entre nós em matéria política (V. Guizot — De la peine de mort).

(105) V. Silva Ferrão cit.; Thomaz Alves já cit.; Bonneville, Amélioration de la loi criminelle, 1864; Mittermayer — De la peine de mort — trad, por Leven — Paris 1865.

(106) Como veremos adiante, nota seguinte:

(107) O Poder Moderador tem procurado corrigir esse rigor da lei. Ainda há pouco, de 26 réus condenados a morte e cuja pena foi comutada em galés perpétuas, 21 eram escravos (Decr. de 14 de Abril de 1865 — no *Diário Oficial* de 15). — Na Câmara dos Deputados foi oferecido um projeto abolindo a pena de morte. — O Visconde de Jequitinhonha em Maio de 1865 ofereceu um no Senado contendo reforma de algumas disposições do Código Penal, e da L. de 10 de Junho de 1835; o qual foi apoiado e mandado imprimir para entrar na ordem dos trabalhos. — No Rel. do Min. da Just, de 1865 se lê que o Governo, sem cogitar já da abolição dessa pena, todavia reprova a publicidade da execução na praça pública. — Essa pena seria letra morta na lei, se não houvesse criminoso que se prestasse a dar-lhe execução, visto como não temos de ofício: *executor da alta justiça.*

(108) A *unanimidade* da votação sobre o fato, e cada uma das suas circunstâncias para a imposição da pena de morte era já de nosso Direito no art. 332 do Cod. Proc. Crim. — Foi alterado

isto em relação aos escravos nos casos da L. de 10 de Junho de 1835, que exigiu apenas os dois terços; disposição que foi generalizada pela L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 66. — O projeto acima referido do Visconde de Jequitinhonha contém disposições benignas, e melhoramento no rigor contra os escravos.

(109) V. Relat. já cit. do Min. da Just. de 1865 (*Conselheiro F. J. Furtado*), que se declara contra esta pena, e pede providências ao Corpo Legislativo, referindo-se e apoiando-se na opinião dos médicos da Casa de Correção da Corte, os quais (sobretudo o Dr. Luiz Carlos da Fonseca) fundados em uma experiência demais de 20 anos a qualificam *morte com martírio.* — Já no Rel. do Min. da Just, de 1857 a questão se aventou. — E no projeto oferecido ao Senado em 1865 pelo Visconde do Jequitinhonha algumas providências se tomam.

(110) V. nota antecedente. — O Dr. Thomaz Alves nas suas — *Anotações* — procura excusar esta pena.

(111) São intuitivas as razões. — O ferro degrada e avilta, além de mortificar e causar mal; restos de barbarismo.

(112) Se no caso da L. de 2 de Julho de 1850 e seu Reg. de 9 de Outubro do dito ano cabe recurso ao escravo, é questão. V. nota 100.

(113) V. Relat. cit. de 1865, e Proj. referido.

(114) *In servorum persona* — diz a L. 10 pr. Dig. de pœnis.

(115) Como já vimos; punindo-se até os escravos mais severamente do que as pessoas livres.

(116) A classilieação do art. 266 Cod. Crim. não seria a aplicável, pois que este artigo só se refere à *destruição* ou *danificação* de *cousa alheia,* própria e rigorosamente tal pela

natureza e nos termos do art. 268, mas por modo algum à *destruição do escravo* (morte — arts. 192 a 196), ou *danificação* do mesmo (ofensas físicas — arts. 201 a 206). — Igualmente entendemos que procedem a favor do escravo contra o seu ofensor as disposições, v. g., dos arts. 219 e seguintes, 250, e outros do Cod. Penal. A triste e mesquinha condição a que é reduzida a escrava não a deve degradar ante a sociedade, ao ponto de negar-se-lhe a desafronta e reparação pela ofensa à virgindade, à honestidade, ou pela violência libidinosa; nem tão pouco aos escravos pela infração da fidelidade conjugal.

(117) L. de 15 do Outubro do 1837, Av. 307 de 8 de Julho de 1863.

(118) Cod. Crim. art. 264.

(119) V. g., vender ou alienar o escravo especialmente hipotecado é estelionato; (Cod. cit. art. 264).

(120) Cod. cit. art. 260, L. cit. de 1837, Av. cit. de 1863.

(121) Leis romanas mandavam até, que se lhes cortasse um pé, em certos casos (L. 3.ª Cod. de fugit. VI. 1); e em outros era costume marcar com sinais ou letras. — Quem os ocultava cientemente, era criminoso de furto (Ulp. L. 1.ª Dig. de fugit. XI. 4–Is, qui fugitivum celavil, fur est). — Os *errones* eram equiparados aos fugitivos (L. 1.ª §3.º Dig. eod - Fugitivum accipe, et si quis erro sit). Mas não eram fugitivos os filhos das escravas fugidas (eod — Fugitivi autem appellatione, ex fugitiva natum non contineri). — Eram punidos os escravos fugidos; e com mais rigor, se procediam como livres (L. 2.ª Dig. eod — sed si pro libero se gesserint, gravius coerceri solent). Esta legislação foi modificada, sobretudo na parte criminal (Nov. 134). — Outras providências se encontram, principalmente no Dig. L. XI, tit. 4.º, e Cod. L. VI, tit. 1.º — especiais — *de fugitivis.*

(122) V. Ord. L. 3.º tits. 62, 63, 70; sendo digno de notar-se que a Ord. cit tit. 63 punia com a escravidão o Judeu ou Mouro que conduzisse para fora do Reino escravos alheios. — Nem valia ao escravo a imunidade ou asilo da Igreja, como se vê da Ord. Liv. 2.º tit. 5.º §6.º (deduzida da L. 4ª. Cod. de his qui ad Eccles. confug. I, 12) — ibi — Se o escravo (ainda que seja Cristão), fugir a seu senhor para a Igreja, acoutando-se a ela, por se livrar do cativeiro, em que está, não será por ela defendido, mas será por força tirado dela. E defendendo-se ele, se de sua tirada se lhe seguir a morte, por de outra maneira o não puderem tirar, não haverá seu senhor, ou quem assim o tirar (sendo seu criado, ou fazendo-o por seu mandado) pena alguma.

(123) *Calhambola* se lê, entre outros, no Alv. de 3 de Março de 1741; *quilombolas* na Provis. de 6 de Março do mesmo ano, e em outras. — Era reputado quilombo, desde que se achavam reunidos cinco escravos (Provis. cit. de 6 de Março de 1741).

(124) Mais detalhadamente trataremos deste assunto em lugar apropriado (V. Parte 3.ª desta obra).

(125) Em 1724.

(126) V. Alv. de 10 de Março de 1682 (sobre os Palmares); Ord. de 24 de Setembro de 1699 que declarou isento de criminalidade o homicídio em os fugidos ou quilombolas, quando se tratasse de apreendê-los, exceto se houvesse *culpa manifesta;* Provis. de 12 de Janeiro de 1719, aprovando o prêmio que era costume pagar-se por cada escravo apreendido em diversas Capitanias; Provis. cit. de 3 de Março de 1741; Provis. de 6 de Março deste mesmo ano, recomendando os prêmios, a observância do Regim. cit. dos Capitães do mato de 1724, a Ord. cit. de 1699, e dando outras providências. — o Alv. de 5 de Maio de 1703, e várias outras Leis tratam dos escravos fugidos, que são reputados do *evento;* destes fadaremos adiante (Cap. 3º Seç. 2.ª art. 4.º desta Parte l.ª)

(127) Alv. de 3 de Março de 1741 (V. Dr. João da Silva Lisboa no *Jornal do Timon*, Dr. Cesar Augusto Marques nos *Apontamentos para o dicionário histórico.... do Maranhão*). — Barbaridade semelhante se praticava entre os Romanos (V. nota 121). — E ainda se lê em legislações modernas de nações Européias, v. g. no *Código Negro* para as colônias Francesas, que no art. 38 punia pela 1.ª vez com a *marca de flor-de-lis* nas costas, pela 2.ª com a *mutilação de um pé*, e pela 3.ª com a *morte!*

(128) A Const. art. 179 §19 aboliu *desde logo* (1824) as penas cruéis, torturas e marcas de ferro quente. — Entre outras providências, há a da L. de 13 de Outubro de 1827 art. 5.º §6.º, que incumbiu aos Juízes de Paz a destruição dos quilombos, atribuição que ainda conservam segundo a L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 91, Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 65 §5.º, sem prejuízo da que cabe às Autoridades Policiais em virtude da generalidade de suas atribuições para manutenção da segurança e tranqüilidade pública; e sobre o modo de procederem lê-se no Regim. de 28 de Março de 1828 arts. 65 a 68.

(129) Providências policiais se tem tomado diversas. — Os escravos não podem viajar por mar ou por terra sem passaporte (Cod. Proc. Crim. art. 118, L. de 3 de Dez. de 1841 art. 12, Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 70), ainda que vão em companhia dos senhores ou amos (idem), salvos os casos excetuados no Reg. cit. de 1842 art. 68. Bem como andarem fora de certas horas na rua sem ressalva dos senhores. Contra os chamados *capoeiras*, igualmente, fazendo-os prender e punir correcionalmente, para evitar-se a repetição de suas correrias.

(130) Como reconheceram os jurisconsultos Romanos (Gaio, Ulpiano, Modestino, o outros), explicando as leis excepcionais de que acima falamos, e procurando assim justificá-las.

(131) Conseqüência do Direito das Gentes (segundo as idéias

daqueles tempos), que reduzia ao cativeiro o inimigo (hostis).

(132) V. Parte 2.ª desta obra.

(133) Em várias províncias do Império, e em diversas épocas. A história criminal do país tem registrado insurreições quase contínuas de escravos. É uma das funestas conseqüências dessa perniciosíssima instituição denominada *escravidão.*

(134) V. ainda ultimamente os Relat. do Min. da Just, de 1865 e 1866.

(135) Que diz o seguinte: Julgar-se-á cometido este crime (insurreição), reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. — Penas: aos cabeças, de morte no grau máximo, galés perpétuas no médio, e por 13 anos no mínimo; aos mais, açoites. — *Cabeça* define-se no Av. 78 de 15 de Julho de 1842 sinônimo de *autor*, segundo o art. 4.º do Cod. Crim. Mas parece questionável esta interpretação pela maior compreensão que a definição de *autores* do art. 4.º do Cod. assim dá, quando o legislador quis restringi-la ao *principal* ou *principais autores*, àquele que *cria, dá o plano, é a vida, o chefe* enfim; mesmo pela redação especial — *aos cabeças* — *aos mais*, em lugar de *autores* e *cúmplices*, se quis provavelmente indicar uma determinação excepcional.

(136) Cod. Crim. art. 179. — Aplicável aos que introduzam no Império Africanos ou quaisquer outros como escravos (Port. de 21 de Maio de 1831, L. de 7 de Nov. de 1831, L. de 4 de Setembro de 1850).

(137) Cod. Proc. Crim. art. 37 §l.º, Av. de 10 de Julho de 1834, Reg. de 31 de Janeiro de 1842 arts. 221 e 222. — Quanto ao tráfico de escravos, igualmente o é; e providenciou-se na L. de 7 de Novembro de 1831, segundo o processo comum no regime anterior à de 1850 (L. de 3 de Dez. de 1841 art. 17 §1.º in fine,

Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 211 §1.º in fine, Av. n. 88 de 29 de Maio de 1847), e hoje segundo processo especial na Auditoria de Marinha (L. de 4 de Setembro de 1850, Reg. 708 de 14 de Outubro de 1850, 731 de 14 de Novembro dito. Av. de 9 de Janeiro de 1851, Dec. n. 6 de 5 de Junho de 1854). Mas, extinto o tráfico, como se acha, esta matéria tem apenas um interesse histórico, e sobre ela diremos em outro lugar (V. Parte 3.ª desta Obra).

(138) Florent. L. 4 §§1.º e 2.º Dig. de stat. hom. I, 5; Inst. J. §§ 2.º e 3.º de jur. person. 1, 3 — Servitus est constitutio juris gentium. Servi ex eo apellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc *servare,* nec occidere solent. — Outros derivam de *serviendo* (Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º §3.º) Dos prisioneiros os pertencentes como escravos ao Estado eram vendidos (em Roma) *sub corona.*

(139) Inst. de J. §2.º de jur. person.; L. 4.º §1.º Dig. de stat. hom.; Ulp. L. 4.ª Dig. de just. et jure I, 1 — Cum jure naturali omnes liberi nascerentur. — L. un. Cod. J. de S. C. Claudiano toll. VII, 24.

(140) Assírios, Egípcios, Judeus, Gregos, Romanos. — V. Wallon já cit.

(141) Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º §12. — O comércio lícito, e ilícito (tráfico ou contrabando) dos escravos Africanos, fonte originária da escravidão que no Brasil existe, não é título hábil, como não o é qualquer, de reduzir a cativeiro o nosso semelhante; mas nem ao menos pode ser escusada pela aparente humanidade do cativeiro proveniente da guerra. Disto trataremos na Parte 3.ª desta Obra.

(142) Como teremos ocasião de ver na quase generalidade dos casos.

(143) Diziam eles: Servi aut nascuntur aut fiunt; nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili (Inst. J. §4.º de jur. person. I, 3).

(144) Marcian. L. 5.ª §1.º Dig. de stat. hom. I, 5; Inst. J. §4.º cit. — Os aprisionados por piratas ou salteadores não eram propriamente escravos, embora de *fato* fossem conservados *in servilute*. (Ulp. L. 24 Dig. de captiv XLIX, l); bem assim não eram escravos os prisioneiros em guerra civil (Ulp. L. 21 §1.º Dig. eod).

(145) Ulp. §11 tit. 11 Reg. — *Incensus* era denominado. — Em compensação, a inscrição, de consentimento do senhor, importava a manumissão ao escravo.

(146) Leg. XII tabul. 8.ª; — Gaio, Com. III, §189.

(147) Leg. XII tabul. 3.ª

(148) L. 37 Dig. de liberal. causa XL, 12 — Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest. — LL. 6,10, 24, 36, 39 Cod. de liberal. causa VII, 16.

(149) Senatus-Cons. Claudiano — 1.ª parte. — Ulp. L. 7.ª pr. e §§ 1, 2, 3 Dig. de liber> causa; Marciano L. 5 § 1 Dig. de stat. hom. I, 5; Inst. J. § 4 de jur. person.; LL. 1, 3, 5 Dig. Quibus ad libertat. proclam. non licet XL, 13. — Disposição ampliada ao caso de haver recebido algum escravo dinheiro ou paga para figurar de escravo doado, constituído em dote, ou em penhor, (Paulo L. 23; §2 Dig. de liber. causa).

(150) Senatus-Cons. Claudiano — 2.ª parte. — Paul. Senten. Liv. 2.º tit. 21 A. de mulieribus quaæ se servis alienis junxerunt, vel ad S. C. Claudianum; Ulp. § 11 tit. 11 Regr.; Gaio, Com. I §§ 91, 160. — É claro que, se o senhor consentia, a mulher continuava como livre, e os filhos eram livres e ingênuos:

exceto se o senhor estipulava que os filhos lhe pertenceriam como provenientes de seu escravo (Gaio Com. I §84); o que todavia foi proibido por Adriano e Justiniano.

(151) Inst. J. §3.º quib. mod. I,12; — §1.º de capit. diminut. I, 16.

(152) Celso L. 19 Dig. de stat. hom. I. 5; — L. 5.ª §2.º, L. 24 Dig. eod; L. 9 Dig. de decurion. L, 2.

(153) Inst. J. § 1.º de cap. diminut I,16, — Constantino e Theodosio nas LL. 2 e 4 Cod. J. de libertis et cor. liber VI, 7.

(154) E de que fez padrão de glória do seu reinado. — Nov. 78 Cap. 4.º Nobis autem extat studium subsistere libertates atque valere, et in nostra florere et augeri republica.

(155) Gaio, Com. I, §84 — Postea Divus Adrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus, restituit juris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.

(156) Inst. J. §1.º de success. subl. III, 12; Cod. J. L. VII, tit. 24 de S. C. Claud. tollendo — Conservou a 1.ª, o caso de venda *ad pretium participandum.*

(157) Nov. 22 cap. 8.º — Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum, qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus. — Valentiniano já o havia decretado na L. 8 Cod. Theod. de pœnis.

(158) Nov. 59.

(159) O que era ainda questionado e disputado em épocas anteriores é hoje universalmente recebido como princípios inconcussos, havendo mesmo as grandes potências da Europa conseguido exterminar o cativeiro a que os Argelinos e outros reduziam os que apreendiam. — *Não há direito de matar o*

prisioneiro, nem de o reduzir à escravidão (Grocio, de jur. belli ac pac. Liv. 3.º cap. 4.º; — Puffendorf, de jur. natur. et gent; — Hein, Recit. L. l.º tit. 3.º § 82; — Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit 1.º §§ 6 e 7; — Montesquieu, Esprit des Loix, Liv. 15; Vattel, Droit des Gens L. 3.º §§ 151, 152: — Klüber, Droit des Gens §249; — Martens, Précis du Droit des Gens; — Wheaton, Elements of internacional Law, 4th. part chap. 2; — Cauchy, Droit Maritime International, Paris 1862, tom. l.º pag. 287, 288, tom. 2.º pag. 20 e 471, obra coroada pela Academia das Ciências morais e políticas de França). — V. Av. 585 de 25 de Dezembro de 1865.

(160) Ord. Af. L. 2.º tit. 99 e seguintes; Ord. Fil. L. 4.º tit. 11 §4.º, tit. 83 §4.º, tit. 85, tit. 88 §16. — O Alv. do 1.º de Junho de 1641, porém, proibiu ter escravos Mouros; o que prova que eles existiam e eram tolerados até essa época.

(161) Coelho da Rocha, Hist, da Leg. de Portugal § 120 ; Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º §6.º nota; Lobão a Mello cit.; Alexandre Herculano, Hist. de Portugal. — Sobre a dos índios, diremos na 2.ª Parte desta Obra.

(162) Como se vê de leis antiquíssimas, e do Código dos Visigodos; e ainda na Ord. Fil. L. 5.º tit. 16 §2.º, tit. 24 §1.º, tit. 62 pr. e § 2.º, e em outras.

(163) Ord. L. 4.º tit. 81 § 6.º., L.2.º tit. 26 §28. Vestígios da *maxima capit. deminut.* dos Romanos. Não se podem entender senão em um sentido figurado, como explicam os Jurisconsultos (V. Mello cit. §11; Consolidação das Leis Civis do Brasil, pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas); *morte civil,* na expressão do Direito moderno.

(164) Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º §12 — servi nigri in Brasilia... tolerantur; sed quo jure et titulo me penitus ignorare fateor.

(165) Da revogação da liberdade ou alforria por ingratidão, um dos modos de cair em escravidão por *Direito Civil*, tratarei adiante, Seç. 5.ª art. 2.º — Do tráfico de escravos, abolido entre nós de direito e de fato, na Parte 3.ª desta obra.

(166) Alv. de 10 de Março de 1682 §1.º, L. de 6 de Junho de 1755 § 4.º, Alv. de 16 de Janeiro de 1773. — Mello Freire cit. §5.º

(167) Padre Bremeu — Universo Jurídico — Lisboa 1749 — Trat. 1.º tit. 4.º § 2.º n. 1. — Mas teremos ocasião de ver que este princípio sofre limitações, seguindo então o filho a condição do pai; e em casos diversos de emancipação forçada ou legal (Vid. a seguinte Seç. 3.ª arts. 2.º e 3.º).

(168) Gaio Com. I, § 89; — Ulp. Regr. tit. 5.º §10; Celso L. 19 Dig. de stat. hom. I, 5.

(169) Marciano L. 5 §2 Dig. de stat. hom. I,5; — Inst. J. pr. de ingenuis I, 4 — Si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci; quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est.

(170) Inst. cit.; Marciano cit.; L. 5.ª §3 Dig. de stat. hom. — Media tempora libertati prodesse, non etiam nocere possunt. — Sufficere ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse.

(171) Padre Bremeu cit. trat. 1.º tit. 4.º §2.º n.º 2 v. Dissemos, etc; — Borges Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 3 §33 n.º2.

(172) L. 3.ª Cod. Comm. de manumis. VII, 13; Nov. 78 cap. 4.º — Neque enim quilibet cum putaturus erit ... proprios ... filios ex suo natos semine, adhuc relinquere servituros. — Arouca à L. 5.ª §1.º Dig. de stat, hom.; — Reperì, das Ord. v. filho natural do peão e de escrava sua, nota b, com vários DD. v. si

fuerit ex ancilla propria, tacite libertatem a Lege consequitur. — E assim decidiu unanimemente o Instituto dos Advogados Brasileiros em sessão de 22 de Junho do ano de 1859. — A distinção (não haver o pai disposto dele até sua morte) que faz o Padre Bremeu no seu Universo Jurídico cit. §2.º n.º 2 v. *Esta conclusão, etc.* é inaceitável por contrária à Filosofia do Direito, e aos princípios correlativos do nosso direito na matéria, assim como ao espírito do século e ao progresso da civilização cristã. Igualmente não é aceitável a restrição que faz a Consol. das Leis Civis 2.ª edição pag. 127 in fine, quando exige o reconhecimento do pai por escritura pública ou testamento; porque amplia a Lei de 2 de Setembro de 1847 a casos de que ela não cogitou.

(173) Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 4.º §7.º — nunquam apud nos receptum fuit ... jus venundandi liberos, etiam necessitate cogente; imo expresse prohibitum eisdem legibus... — Seria mesmo crime de reduzir a escravidão pessoa livre (Cod, Crim art. 179).

(174) Inst. J. § 7 de noxal. action IV, 8. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam, in noxam alii dare ... in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas; - L. 10 Cod. de patria potest, VIII, 47.... patribus.... libertatem eripere non liceret; — L. l.ª Cod. de patrib. qui filios suos distrax IV, 43. — Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis título, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub pretextu ignorantiæ accipientis in alium transferri posse, *manifestissimi juris* est. — Constantino, porém, permitiu a venda dos recém-nascidos (*sanguinolentos*) em caso de extrema pobreza dos pais; mas não ficavam escravos propriamente ditos (L. 2.ª Cod. eod); só teve em vista que não fossem abandonados e morressem ao desamparo. Isto mesmo foi revogado por Justiniano (V. Nov. 153 cap. 1.º; Gothofredo à L. cit.).

(175) Mesmo porque na expressão *liberi* se compreendem todos

os descendentes (L. 220 Dig. de verbor signific. L, 16). — Decisão unânime do Inst, dos Adv. Bras, em sessão de 13 de Outubro de 1859.

(176) Arg; do §5.º Inst. J. quib. ex caus. manumit. I,6 (Fresquet, Droit Rom. pag. 102 e 103;. — Paulo, senten. L. 2.º tit. 21 A. §16 (a mãe não pode ficar escrava de seu filho), §13 (nem a patroa do seu liberto). — V. adiante, e Seç. 3.º art. 3.º; decisões do Inst. dos Adv. Bras, em sessões de 15 de Setembro e 13 de Outubro de 1859.

(177) Inst. J. de Jur. person. I,3; §4.º de capit. deminut. I. 16 — Nullum caput habet; nullam personam habet. V. Macheldey, Droit Rom. §121 e nota 1. — Tal é a regra, que todavia teremos ocasião de ver que na aplicação sofria e sofre notáveis modificações.

(178) Conseguintemente privado de todos os direitos civis e inibido de exercer atos da vida civil, ser testemunha (Ord. Liv. 3.º tit. 56, L. 4.º tit. 85 pr.), fazer testamento (Ord. L. 4.º tit. 81 §4.º), contratos (Alv. de 16 de Janeiro de 1773), herdar (Ord. L. 4.º tit. 92 pr.), ser tutor (Ord. L. 4.º tit. 102 §1.º), etc. — Mais detalhadamente o diremos.

(179) *Homo alienus* se lê na L. 54 §4º Dig. de acq. rer. dom., e em outras, por sinônimo de *servus*, em contraposição a *liber homo*; Ulp. na L. 4.ª Dig. de just. et jur. I, 1; — Dig. de œdil. edi.

(180) *Servilis persona*, diz Gaio Com. II §96, e se lê nas Inst. J. pr. de stip. servor. III, 17; in *personam servilem* Ulp. L. 22 Dig. de reg. jur. L, 17; — in *persona servi* Paulo L. 215 Dig. de verbor. signif. L, 16; - *servilis persona* — Nov. 22. Cap. 11.

(181) Com. I§9.º; Inst. J. pr. de jur. person. I,3.

(182) V. g., nos delitos L. 14 Dig. de obligat. et act.; — nos legados (in legatis *persona servi* spectatur) fr. do Vaticano §75; — na posse L. 1.ª § 9.º Dig. de acquir. posses. XLI, 2.

(183) Reduzido *ficticiamente* o homem a *objeto de propriedade* de outro homem, era forçoso aplicar-lhe nestas relações as leis que regulam as questões de propriedade. Mas, como ele não é *por natureza* e realmente objeto de domínio, e sim um ente humano, com direitos e deveres, aquelas leis lhe não são aplicáveis em toda a sua extensão e rigor; elas sofrem modificações constantes e quase sempre profundas em favor do *homem*, assim espoliado da sua liberdade, da sua personalidade, e degradado a essa mísera condição pelo arbítrio da lei positiva.

(184) Devendo-se, porém, ter sempre em lembrança que na colisão da *liberdade* e da *propriedade*, prevalece sempre a liberdade, como diremos adiante (V. art. 7.º; e Sec. 4ª).

(185) Em acepção própria e estrita. — Na acepção lata, o escravo fazia parte da família do senbor, como entre os Judeus e por tal forma, que, liberto, tomava o seu apelido, e o patrono era reputado seu agnado, com direitos até de sucessão, e entre um e outro se dava obrigação de alimentos, e outros direitos. — Por Direito Natural ele a tem.

(186) União que a lei reconhecia, pois que não admitia nos escravos o *connubium.* A cópula acidental não era tida em consideração; não se dizia por isso haver *contubernium*, e sim *fornicatio*. — V. Morillot, De la condition des enfans nès hors mariage. — Paris 1865.

(187) Paulo L. 10 §5.º Dig. de gradibus XXXVIII, 10. — Ad leges serviles cognationes non pertinent.

(188) Pompon. L. 8.ª Dig. de ritu nuptiar. XXII, 2; — Paulo L. 14 §2.º Dig. eod.

(189) Inst. J. §10 de nuptiis I,10; — Paulo L. 14 §3.º Dig. de rito nuptiar.

(190) Constantino, Cod. Theod. L. 1.ª do L. 2.º tit. 25; Cod J. L. 11 comm... tam famil. erciscundæ quam com. divid. III, 38. — Quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris conjuges separari? — Ulp. L. 35 Dig. de œdil. edict. XXI, 1.

(191) L. 41 §2.º Dig. de legat. 3.º XXXII, 1; — L. 12 §7.º Dig. de instruct. et instrum. legat. XXXIIl,7; — Inst. J. de servili cognatione III, 7; Ulp. L. 33 Dig. de œdil. edict.

(192) Const. 100 e 101.

(193) Como em conformidade da doutrina de Cristo (V. S. Lucas IV, 18, 19) o pregou ao Universo o Apóstolo S. Paulo (ad Gal. III, 28). — Non est servus, neque liber ... omnes enim vos unum estis in Christo Jesu.

(194) Ainda que contraídos contra vontade dos senhores; e conseguintemente a sua indissolubilidade, na forma geral do Direito Canônico L. 4.º Cap. 1º Decret, de conjugio servorum. — Sane juxta verbum Apostoli, sicut in Christo Jesu neque liber neque servus est a Sacramentis Ecclesiæ removendus, ita nec servos matrimonia debent nullatenus prohiberi: etsi contradicentibus dominis et invitis contracta fuerint, nulla ratione sunt propter hoc dissolvenda. Debita tamen et consueta servitia non minus debent propriis dominis exhiberi. — A escravidão não é por si impedimento ao casamento, e sim o *erro* de estado da pessoa, quando um livre casa com escravo ignorando que o é (S. Thomé — Conditio servitutis ignorata matrimonium impedit, non autem servitus ipsa); não assim, se um escravo casa com escravo, pensando casar com pessoa livre, o casamento é válido (V. Abbade André — Cours de Droit Canon. Paris 1859. V. *empêchemens, esclave).*

(195) S. Basilio, Epist. a Amphiloquo, Can. 40. — Até o século XII, diz Borges Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 11 §104 n.º56.

(196) Todavia o senhor não pode vender ou alienar o escravo de modo que ele não possa fazer vida matrimonial (L. 4.º Cap. 1.º Decret, cit.; — Padre Bremeu, Univ. Jurid., trat. l.º tit. 7.º §6.º resol. 16, com Cardoso e Gabriel Pereira); restrição resultante do matrimônio, perfeitamente justa, humana e cristã. — V. Constituição do Arcebispado da Bahia arts. 303 e 304; Consol. das Leis cit. not. 3 ao art. 96. — Não há comunhão de bens, se um dos cônjuges é escravo (Rep. das Ord. V. marido e mulher são meeiros nota *a* limitação 2.ª; Consol. já cit. nota 1 ao art. 111).

(197) V. especialmente Alv. de 12 de Set. de 1564, L. de 16 de Junho de 1668, Decr. de 3 de Novembro de 1776, e L. de 3 de Novembro de 1827.

(198) Todavia já o Dir. Rom. Novo havia procurado conservar unida a *família servil,* proibindo separar os seus membros, como vimos; o que deve ser aceito entre nós.

(199) Const. 100 e 101 de Leão o Sábio. — Se o livre se sujeitava à servidão, acompanhando a mulher e filhos, por morte do senhor ficavam de direito livres todos (Const. cit.).

(200) Gaio Com. II § 87, III §167; Inst. J. *§* 3.º per quas person. cuiq. adquir. II, 9; §1.º de his qui sui vel alien. jur. I, 8. Quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur. Servus enim nihil suum habere potest.

(201) Inst. J. §cit. qui sui vel, etc. — Vobis aquiritur quod servi vestri nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant; hoc enim vobis ignorantibus et invitis obvenit; — L. 32 Dig. de aquir. rer. dom. — etiam invitis vobis per servos vestros aquiritur pene ex

omnibus causis. — Casos, porém, havia em que o consentimento do senhor era necessário (L. 6.ª pr. Dig. de aquir. hæredit.) — V. ainda sobre aquela regra várias outras leis (L. 2.ª Dig. pro empt. XLI, 4; L. 4.ª Cod. de legat. VI, 38); Caqueray já cit. pag. 27 a 34.

(202) V. g. a herança, o legado: se deixados a escravos, não os adquire o senhor, tem-se por não escritos ou nulos. Era ficção própria da legislação Romana, instituição particular desse Direito.

(203) L. 3.ª Dig. de his quæ pro non script. hab. XXXIV, 8; L. 11 Dig. do alim. legat. XXXIII, 1. Contra a regra geral que proibia legados e heranças aos escravos, como incapazes de adquirirem, enquanto escravos (L. 25 Dig. de aquir. vel omitt. hæredit. —; L. 1.ª Dig. de hæred. instit. —; L. 4.ª Cod. Comm. de success. VI, 59; L. 4.ª Cod. de legat. VI, 37), e exigia que fossem libertos, valendo a disposição que assim se fizesse se fosse com esta condição (L. 21 Dig. de condition. institut.).

(204) Dig. L. XV tit. 1.º de peculio.

(205) Pusilla pecunia; quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet — Ulp. L. 5 §§ 3.º e 4.º Dig. de peculio XV, 1.

(206) Cod. Hermog. tit. XVI — Nec.... servum peculium suum posse distrahere. — Mas de consentimento do senhor, mesmo tácito, o podia fazer (L. 53 Dig. eod; L. un. Cod. de peculio ejus qui libertat. VII, 23; — e outras leis).

(207) Ulp. Reg. fr. 16 tit. 20.

(208) Const. 38 — plenam ipsis administrandarum rerum suarum potestatem facio. Ex hoc itaque tempore in omnem posteritatem Imperatoris servi rerum suarum revera domini

sunto: ita sane, ut sive sani sint, sive ægroti mortem imminere putent, de rebus suis pro arbitrio statuendi potestate non priventur; neque servitutis nomine ex rerum quas possederint domínio expellantur.

(209) Sobretudo o tit. 1.º L. XV do Dig., que se ocupa especialmente do objeto.

(210) Av. n.º 16 de 13 de Fevereiro de 1850, fundado na Ord. L. 4.º tit. 80 §4.º que inibe o escravo de fazer testamento, e na do tit. 92 pr. que lhe nega o direito de sucessão; sustentado pelo Av. de 6 de Junho de 1866 (*Diário Oficial* n. 140).

(211) Como acontecia entre os Romanos, onde a tolerância chegava à permissão de distribuírem os escravos entre os seus (*domesticos*) o pecúlio, mesmo em forma testamentária (Gothofredo à L. 4 Dig. de manumis., à Const. 38 cit.)

(212) Esta idéia já tem sido apresentada em algumas memórias sobre a escravidão, publicadas entre nós, como sejam de José Bonifacio de Andrada e Silva no projeto que devera ser submetido à Constituinte Brasileira (corre impresso desde então), do Dr. Caetano Alberto Soares (impressa em 1817, e de novo na Rev. do Inst. dos Advog. Bras. de 1862 Tom. 1.º pag. 195).

(213) Trat. 1.º tit. 5.º §2.º — A Consol. das Leis Bras. cit. nota 1 ao art. 42 diz: — Os escravos são inábeis para adquirir. Tolera-se todavia em nossos costumes que possuam dinheiro e bens móveis.

(214) Decr. n.º 3285 de 13 de Junho de 1864 art. 64.

(215) Instr. e Av. de 13 de Junho de 1865, Instr. de 30 de Junho do mesmo ano.

(216) A Ord. L. 5.º tit. 70 pr. o proibia, sob penas.

(217) Wallon já cit.

(218) Eu tive ocasião de ver em uns autos uma carta de liberdade em que uma liberta alforriando um seu escravo lhe impôs a obrigação de trabalhar para um filho da mesma, que ainda jazia em escravidão de seu patrono. De sorte que, acedendo o senhor, esses serviços ou seu produto seriam pecúlio desse escravo; e, o que é mais singular, o liberto serviria ou trabalharia para o escravo!

(219) Ulp. L. 22 Dig. de reg. jur. L, 17 — in personam servilem nulla cadit obligatio; — L. 14 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7. — Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliler obligantur et obligant; — L. 41 Dig. de pecul. — Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. — V. Alv. de 16 de Janeiro de 1773 — v. incapazes para o comércio, para a agricultura, e para os *tratos* e *contratos* de todas as espécies.

(220) L. 28 §7 Dig. de liberal. leg. XXXIV, 3. — Nemo ex servitutis actu post libertatem tenetur; — Paulo. L. 146 Dig. de reg. jur. L, 17 — Quod quis, dum servus est, egit, proficere libero facto non potest; — L. 2.ª e outras Cod. au servus pro suo facto IV, 14.

(221) L. 13 Dig. de cond. indeb. XII, 6. — Naluraliter etiam servus obligatur; — L. 14 Dig. de oblig. et act. XLIV, 7 — ex contractibus.... naturaliter obligantur et obligant; ex delictis obligantur, et, si manumitantur, obligati remanent. — V. Savigny, Droit Rom., Droit des obligations; — Machelard, Obligations nuturelles; — Maresol, por Pellat, Droit privé des Romains.

(222) L. 107 Dig. de reg. jur. — cum servo nulla actio est. — Nem mesmo com o senhor — L. 7.ª Dig. de leg. Cornel. de falsis. — V. adiante art. 6.º desta 1.ª Seção.

(223) Pompon. L. 49 §2.º Dig. de peculio XV, 1. — Ex causa civili computandum est.

(224) Ulp. L. 14 Dig. cit. de oblig. et act; L. 32 Dig. de solution. XLVI, 3.

(225) Idem.

(226) L. 3.ª Cod. an servus IV, 14; — derrogatória da L. 17 Dig. de negot. gest., que a negava.

(227) Marciano, L. 7.ª Dig. de Leg. Corn. XLVIII, 10. — Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt.

(228) Hermog. L. 53 Dig. de Judic. V, 8; — Pompon. L. 44 Dig. de fideicom. liberta. XL, 5.

(229) V. LL. e escritores supracitados.

(230) Ações *quod jussu, exercitoria, institoria.* — Ulp. L. 1.ª Dig. quod jussu XV, 4; — Gaio Com. IV §71; Dig. Liv. XIV, 1 e 3; Inst. J. §§ 1, 2, 8 quod cum eo qui in aliena potestate IV, 7; Cod. Liv. IV, 25, 26.

(231) Ação de *in rem verso*. L. l.ª e 3.ª Dig. de in rem verso XV, 3, Inst. J. §4.º quod cum eo, IV, 7.

(232) Ação *de peculio.* Dig. de peculio Liv. XV, 1 e 2. — De peculio tenus, ou intra vires peculii.

(233) Ação *tributoria*. — Dig. Liv. XIV, tit. 4.º: — Inst. J. §§ 3 e 5 quod cum co IV, 7.

(234) V. adiante Seç. 2.ª arts, l.º e 4.º

(235) Como dissemos anteriormente.

(236) Lex Aquilia. — Dig. Liv. IX tit. 2.º; Inst. J. Liv. IV tit. 3.º; V. Cap. 2.º desta 1.ª Parte.

(237) De servo corrupto. — Dig. Liv. XI tit. 3.º

(238) De fugitivis. — Dig. L. XI tit. 2.º

(239) L. 14 Dig. de obligat. et act.; Cod. L. 4.ª an servus pro suo facto post manumissionem teneatur IV, 14. — V. Cap. 2.º desta 1ª Parte.

(240) De noxalibus actionibus. — Dig. Liv. IX tit. 4.º; Inst. J. L. IV tit. 8.º — V. Cap. 2.º desta l.ª Parte.

(241) V. Cap. 2.º desta 1.ª Parte.

(242) Ord. L. 3.º tit. 7.º §3.º

(243) Gaio L. 107 Dig. reg. jur. L, 17 — Cum servo nulla actio est. — Como autor, só com autoridade do senhor (L. 44 §1.º Dig. de judic.; L. 32 Dig. de reg. jur.; L. 6.ª Cod. de judic.). Como réu, nem assim (L. 6.ª Cod. cit.; L. 2.º Cod. de accusat. et inscript.).

(244) Marciano L. 7.ª Dig. de leg. Cornel, de fals. — Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt.

(245) L. 53 Dig. de judic. V, 1; L. 7.ª Dig. ad Leg. Cornel. de falsis.

(246) V. supra Cap. 2.º desta 1ª Parte § 2.º e nota 14.

(247) Caqueray já cit.

(248) LL. 8.ª e 11.ª Cod. de testib. IV, 20; Const. 49 de Leão o Sábio.

(249) Inst. J. §7.º de testam. II, 10 — Esta Lei fala especialmente do testamento, e confirma as decisões de Adriano, Severo, e Antonino.

(250) L. 7.º Dig. de testib.; L 8.ª §6 Cod. de repudiis V, 17.

(251) V. o que dissemos supra Cap. 2.º §4.º

(252) V. Pereira e Souza, proc. civ. § 42 n.º 10, § 49º n.º 6; — Padre Bremeu, Univ. Jurid. trat. 1.º tit. 7.º §6 resol. 12,13, 14, Souza Pinto proc. civ. Bras, §§ 78 e 92.

(253) Ord. L. 3.º tit. 36 §3.ºv. O escravo não pode ser testemunha, nem será perguntado geralmente em feito algum, salvo nos casos por Direito especialmente determinados; — Ord. L. 4.º tit. 83pr. v. nem o escravo. — Aquela Ord. reconhece que há exceções. A do L. 4.º tit. 85 pr. consigna expressamente o caso de *ser reputado livre* o escravo para não anular o ato, *pois pelo erro comum em que todos com ele estavam, era tido por livre*. O Cod. do Proc. Crim. art. 89 consigna a de ser *informante*. E os Praxistas o ensinam; assim como que é admissível o testemunho do escravo quando não há outro modo de se descobrir a verdade (V. Pereira e Souza cit. nota 477).

(254) Contra naturam. Florent. L. 4 § 1.º Dig. stat. hom. Inst. J. §2.º de jur. person.

(255) Omnes liberi nascerentur. Inst. J. pr. de libertin. I, 5; — omnes æquales sunt. Ulp. L. 4.ª Dig. de just. et jur. I,1.

(256) Libertas pecunia lui non potest, nec reparari (emi) potest. — Ulp. L. 9 §2 Dig. de statulib.; — libertas inæstimabilis res est — Paulo L. 106 Dig. de reg. jur.; — infinita æstimatio est libertatis. Paulo L. 176 eod.

(257) Libertas omnibus rebus favorabilior est — Gaio L. 122

Dig. de reg. jur. L, 17.

(258) Multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta — L. 24 §10 Dig. de fideic. libertat.; Inst. §4º de donat.

(259) Favor libertatis saæpe benigniores sententias exprimit — L. 32 § fin. Dig. ad Leg. Falcid.

(260) Quoties dubia interprctatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit. — Pompon. L. 20 de reg. jur.

(261) In obscura voluntate.... favendum est libertati — Paul. L. 179 Dig. eod.

(262) In libertatibus levissima scriptura spectanda est — L. 5.ª Dig. de manum. testam. — V. Pothier, Pand.

(263) Lege Junia-Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiæ, pro libertate pronuntiari jussum — L. 24 Dig. de manumis.

(264) Sed et si testes, non dispari numero, tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse constitutum est — L. cit. §1.º

(265) Favor libertatis est ut majores judices habere debeat — L. 32 § 7.º Dig. de recept. IV, 8; V. Pothier, Pand.

(266) Inst. J. §1.º de eo cui libertat. caus. III, 12 — sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam.

(267) Semel pro libertate dictam sententiam rectractari non opportet — L. 24 Dig. de dol. mal.

(268) Troplong — Influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains; Wallon, Hist. de l'esclavage dans l'antiquité; Chateaubriand, Genie du Christianisme.

(269) Ord. L. 4.º tit. 11 §4.º — A Ord. L. 4.º art. 61 a bem da liberdade mantém a fiança prestada por mulher, contra a regra geral do S. C. Velleiano, pela mesma recebido; o que também era consignado no Dir. Rom.

(270) Ord. L. 4.º tit. 42. v. *cativeiro, que é contra a natureza.*

(271) L. do 1.º de Abril de 1680.

(272) Alv. de 30 de Julho de 1609.

(273) Alv. de 10 de Março de 1682; L. de 6 de Junho de 1755 §9º

(274) Alv. de 16 de Janeiro de 1759 — Se for, porém, contra a escravidão a sentença, e a favor da liberdade, regula a alçada, e dá-se valor (Alv. cit.; Consol. das Leis Bras. 2.ª edição nota 1 ao art. 42;.

(275) Como veremos. — Além dos subsídios do Dir. Romano.

(276) *Dominium* e *potestas* eram e são as fontes dos direitos do senhor. — O Dir. Rom., porém, reconhecia a existência de um estado de escravidão sem senhor — *servus sine domino* —, que foi profundamente modificado sobretudo pela legislação de Justiniano.

(277) É corolário necessário da propriedade constituída sobre o escravo. — Mas ainda aqui é proibido abusar das forças, do estado, da idade, do sexo do escravo, exigindo serviços excessivos, incompatíveis, etc. — São da primeira intuição estes princípios; dispensam desenvolvimento.

(278) É também isto de intuição. — E por Dir. Rom., se o senhor negava, em certos casos, alimentos ao escravo por incapaz de serviço, se não cuidava dele por enfermo, tinha-se por abandonado, e o escravo ficava livre. — A Ord. L. 5º tit. 99,

suscitada pela Prov. de 29 de Abril de 1719, obrigava mesmo o senhor a fazer batizar não só os escravos vindos de Guiné e da Costa d'África, mas ainda os que em casa nascessem, sob penas severas; exceto contra vontade dos escravos, como foi explicado na C. R. do 1.º de Dezembro de 1698. — Hoje fica isto à consciência.

(279) As leis civis e criminais assim dispõem, em geral. — Nem o temor reverencial do escravo para o senhor o isenta de culpa.

(280) Inter servos nulla diferentia. — Inst. J. §5.º de jur. person. I, 3; — Marciano L. 5.ª pr. Dig. de stat. hom.

(281) In ministeriis eorum multiplex — (idem). — v. Code de l'Humanité por Félice v. esclave, esclavage; Wallon já cit., Mello Freire Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º §3.º in fine.

(282) *Servorum loco, quase-escravos.* Tais eram os indivíduos *in mancipio,* os *nexi,* os *addicti,* os *redempti.*

(283) V. Guizot, Hist, de la Civilisation en France et en Europe. 1851; — sobretudo a 7.ª lição no tom. 3º, desenvolvimento do trabalho de Savigny sobre o *colonado Romano.*

(284) V. Yanoski — De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen-âge, et de sa transformation en servitude de glebe — Paris–1860.

(285) Mello cit.

(286) Savigny Dir. Rom. tom. 1.º §§ 55,57.

(287) Como já temos visto, e continuaremos a ver.

(288) A proibição do seguro de vidas, de que trata o Cod. Com. art. 686 só se refere às pessoas livres (§2.º). Destes seguros de escravos temos exemplo entre nós, sem que todavia as

Companhias hajam tomado a si a responsabilidade quando o falecimento do escravo provier de sevícias dos senhores (V. Decr. e Estat. 1415 de 5 de Agosto de 1854 art. 4.º; n.º 1669 de 7 de Novembro de 1856 art. 4.º)

(289) L. n.º 1140 de 27 de Setembro de 1830 art. 12 §7.º; Reg. n.º 2699 de 28 de Novembro de 1860. Em todo o Império (Circ. 219 de 17 de Maio, e Av. 220 de 18 Maio de 1861). — Quanto à legislação anterior, e que ainda rege as vendas não excedentes a 200$, menos quanto ao imposto e multa, V. Manual do Procurador dos Feitos, por mim publicado em 1859; o Reg. cit. de 1860 art. 4.º, que faculta escrito particular.

(290) Reg. de 26 de Dezembro de 1860. — Sob penas, além da revalidação.

(291) A meia sisa do Alv. de 3 de Junho de 1809 foi substituída para o Município neutro pelo imposto de 40$ por cabeça (L. n.º 1140 de 27 de Setembro de 1860 art. 12 §7.º; Reg. cit. de 1860). — Nas províncias é renda provincial (V. dito Manual). Mas onde se fizer a escritura, aí deverá ser pago o imposto, e recolhido como geral ou provincial (Arg. do art. 3.º do Reg. cit.; Av. n.º 216 de 1862). — A falta do pagamento da sisa importava e importa nulidade (Reg. cit. art. 6.º §§ 2.º e 3.º, arts. 7.º, 8.º); mas dependente de ação (Corrêa Telles, Acc. nota 193 a). Há multa, pela falta de pagamento, de 10 a 30 por cento (L. cit. art. 11 §3.º Reg. cit. art. 8.º)

(292) L. n.º 1149 de 21 de Setembro de 1861 art. 1.º § 2.º n. 3.

(293) Lei cit.; Decr. 2838 de 12 de Outubro de 1861; Av. de 11 de Setembro de 1865.

(294) L. n.º 1237 de 24 de Setembro de 1864 art. 2.º § 1.º; Reg. n.º 3453 de 26 de Abril de 1865 art. 140§2.º — Os filhos das escravas, que sobrevierem, acompanham a sorte das mães

(como as crias dos animais!); a hipoteca os compreende (L. cit. art. 4.º §2.º; Reg. cit. art. 142 §4.º).

(295) L. cit. art. 2.º §12, art. 6.º §6.º; Reg. cit. art. 265.

(296) L. cit. art. 4.º §6.º, art. 9.º pr., Reg. art. 116 § 3.º,135.

(297) L. cit. art. 6.º §6.º; Reg. art. 265.

(298) Ord. L. 4.º tit. 19, tit. 62, Alv. de 16 de Setembro de 1814. V. Manual do Procurador dos Feitos já cit.

(299) Reg. n.º 2713 de 26 de Dezembro de 1860.

(300) L. n.º 243 de 30 de Novembro de 1841 art. 24 tab. §43. — V. Manual cit. — Se a doação é dos serviços do escravo ou usufruto vitalício, computa-se sobre o total de 10 anos (Av. 92 de 23 de Fev. de 1865). — Se, porém, o escravo é libertado, embora com esse encargo de serviços, não há direitos a cobrar, nem insinuação, nem necessidade de escritura pública (V. Av. n. 119 de 1847, Circ. n. 168 de 1850 tab. observ. 9.ª; arg. do Av. de 27 de Abril de 1863).

(30l) Corrêa Teles, Manual do Tabelião §171, fundado na L. 4.ª Cod. de mort. caus. don.

(302) Resol. de 10 de Outubro de 1805.

(303) Reg. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 art. 5.º; salvas as exceções de Direito.

(304) Corrêa Telles, Manual cit. §170; Dig. Port. tom. 3.º art. 123, 160, 162; fundado nas L. 27 e 42 Dig. de mort. caus. don.

(305) Savigny, Dir. Rom. tom. 1.º §57.

(306) Reg. do 15 de Dezembro de 1860 (sobre a taxa ou

décima). Se é arrecadada a herança, e há habilitação, os direitos desta compreendem os escravos (Reg. de de 15 Junho de 1859). — V. Manual do Proc. dos Feitos já cit. — A obrigação de servir, adjecta à alforria, não altera a condição de liberto; o não sujeita ao imposto (Av. de 27 de Abril de 1863).

(307) Como semoventes (Ord. L. 3.º tit. 86, L. de 20 de Junho de 1774, decr. n. 737 de 1850; Souza Pinto, Proc. Civ. Bras.; Consol. das Leis Bras., nota 1 ao art. 42).

(308) As arrematações e adjudicações são sujeitas ao imposto respectivo ou meia sisa (Alv. já cit. de 1809, Reg. já cit. de 1860): — exceto se *para liberdade* (Reg. cit. art. 1.º §1.º). Assim como ao selo proporcional (Reg. de 26 de Dezembro de 1860): exceto também se a favor da liberdade (Reg. cit. art. 17. 20).

(309) Ord. cit. tit. 86, L. cit. de 1774, Decr. cit. de 1850. — V. nota seguinte.

(310) Cod. do Com. art. 70, 862; Reg. n. 737 de 1850 arts. 287, 358; Decr. n. 2465 de 17 de Setembro de 1859; e outras disposições. O projeto n. 39 de 1862, vindo do Senado (onde foi apresentado pelo seu autor o Senador Silveira da Motta) para a Câmara temporária, proibe a venda em leilão ou hasta pública, e toma outras providências. Mas foi adiado na 2.ª discussão, e remetido à Comissão de Justiça Civil (V. *Jornal do Commercio* de 9 de Maio de 1865, pag. 1 col. 8.ª).

(311) L. de 21 de Out. de 1843 art. 11 combinada com a L. n. 884 de 1856. — O escravo forro ou liberto, embora com cláusula de servir a alguém, não está sujeito (Ord. n. 324 de 1857; Av. 374 de 13 Agosto 1863). V. Manual do Proc. dos Feitos já cit.

(312) Dig. de ædilitio edicto Liv. XXI tit. 1.; Cod. de ædilitiis

actionibus Liv. IV tit. 58 — L. 2.ª Etenim redbihitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris anno concludi, manifesti juris est.

(313) Essas leis Romanas, fontes da nossa, ministram desenvolvimentos e subsídios preciosos nesta matéria. — A nossa Ord. cit. diz o seguinte: — pr. Qualquer pessoa que comprar algum escravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se dele, o poderá enjeitar a quem lh'o vendeu, provando que já era doente em seu poder da tal enfermidade, contanto que cite ao vendedor dentro de seis meses do dia, que o escravo lhe for entregue. — § 2.ºv. Porém, ainda que por o escravo ter qualquer vício de ânimo (que não seja de fugitivo) e o vendedor o calar não possa o comprador enjeitá-lo; poderá todavia pedir o que menos val por causa do tal vício, pedindo-o porém dentro de um ano contado no modo acima dito. — §3.º Se o escravo tiver cometido algum delito, pelo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de morte, e ainda não for livre por sentença, e o vendedor ao tempo da venda o não declarar, poderá o comprador enjeitá-lo dentro de seis meses, contados da maneira, que acima dissemos. — E o mesmo será, se o escravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse. — § 4.º Se o vendedor afirmar que o escravo, que vende, sabe alguma arte, ou tem alguma habilidade, assim como pintar, esgrimir, ou que é cozinheiro, e isto não somente polo louvar, mas polo vender por tal, e depois se achar que não sabia a tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enjeitá-lo; porém, para que o não possa enjeitar, bastara que o escravo saiba da dita arte, ou tenha tal habilidade meamente. E não se requere ser consumado nela. — § 5.º Se o escravo, que se pode enjeitar por doente, falecer em poder do comprador, e ele provar que faleceu da doença, que tinha em poder do vendedor, poderá pedir que lhe torne o preço, que por ele deu. E quando se o escravo enjeitar por fugitivo (como acima dissemos), poderá o comprador pedir

o preço, que por ele deu, posto ande fugido, contanto que possa provar que em poder do vendedor tinha o vício de fugitivo. E dará fiança a o buscar, pondo nisso toda a diligência de sua parte, e a o entregar ao vendedor, vindo a seu poder. — § 6.º Enjeitando o comprador o escravo ao vendedor, tornar-lho-á, e o vendedor tornará o preço e a sisa que o comprador pagou, e assi o que tiver dado ao Corretor, não sendo mais que o que per Direito ou Regimento lhe for devido. E assim mais pagará o vendedor ao comprador as despesas, que tiver feitas na cura do escravo, quando por causa da doença o enjeitar.

(314) Ord. cit. — §1.º E sendo a doença de qualidade, ou em parte, que facilmente se deixe conhecer, ou se o vendedor a manifestar ao tempo da venda, e o comprador comprar o escravo sem embargo disso: em tais casos não o poderá enjeitar, nem pedir o que menos valia do preço, que por ele deu por causa da tal doença. Porém, se a doença, que o escravo tiver, for tão leve, que lhe não impida o serviço, e o vendedor a calar ao tempo da venda, não poderá o comprador enjeitar o escravo, nem pedir o que menos val por causa da tal doença. — §2.º Se o escravo tiver vício do ânimo, não o poderá por isso o comprador enjeitar, salvo se for fugitivo, ou se o vendedor ao tempo da venda afirmasse que o escravo não tinha vício algum certo, assi como se dissesse que não era bêbado, nem ladrão, nem jogador: porque, achando-se que ele tinha tal vício ao tempo da venda, o poderá enjeitar o comprador. (Pode porém pedir a diferença nos casos em que não pode enjeitar - v. Porém...) — §8.º v. Os escravos se não podem enjeitar por qualquer vício e falta do ânimo, como atrás é declarado...

(315) Ord. cit. — § 9.º E todas as cousas acima ditas se poderão enjeitar não somente quando são havidas por título de compra, mas ainda se forem havidas por troca, ou escaimbo, ou dadas em pagamento, ou por qualquer outro título, em que se traspasse o senhorio: mas não se poderão enjeitar, quando forem havidas por título de doação.

(316) Ulp. L. 35 Dig. de &aeLig;dil. edicto XXI, 1; Africano L. 34 Dig. eod; — Pompon. L. 36 eod; Ulp. L. 38 eod. in fine.

(317) E assim o decide Ulp. na L. 31 §2.º Dig. eod — Si ancilla redhibeatur, et quod ex ea post venditionem natum erit, reddetur, sive unus partus sit, sive plures.

(318) Africano L. 207 Dig. de verb. sign. L, 10 — Mercis apellatione homines (servi) non contineri, Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venalitiarios apellari ait: et recte.

(319) L. 207 Dig. cit.

(320) Paulo L. 44 §1.º Dig. de ædilit. edict. — nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius est.

(321) A expressão *semoventes* nele empregada não se deve entender que autorize o contrário. Se as leis toleram ainda a escravidão, todavia não têm degradado o escravo ao ponto de ser perfeita e inteiramente igualado aos animais irracionais, e de constitui-lo *efeito de comércio.*

(322) Tal é a feição atual da nossa sociedade. Há mesmo certo menosprezo para tais homens.

(323) Conseqüência da ficção de Direito pela qual o escravo é *cousa* ou *propriedade*. Várias leis o confirmam; e a regra geral é de intuição.

(324) Ulpiano e Papiniano — LL. 1.ª e 5;.ª Dig. de serv. export. XVIII, 7; Paulo L. 9ª Dig. eod; Cod. J. LL. 1ª e 2.ª Si serv. export. IV, 55.

(325) Sabino seguido por Papiniano — L. 6.ª § 1.º e L. 7.ª Dig. de serv. export.

(326) Papin. L. 7.ª Dig. eod — *Nec videntur inter se contraria esse,* diz ele referindo-se à decisão dada no caso inverso supra referido, por parecer contraditório.

(327) Cod. J. L. 5.ª Si mancipium IV,57. Neque enin conditio quæ personæ ejus cohæsit, immutari facto ejus qui ea lege comparavit, potest.

(328) LL. 1, 3, 6, 9 Dig. qui sine mamun. XL, 8; — L. 56 Dig. de contr. empt. XVIII, 1; — L. l.ª Cod si mancipium IV, 57 — Ouer fosse em caso de venda ou transmissão a título oneroso, quer no de doação ou a título gratuito (L. 1.ª Cod. cit.) — placuit non solum ad venditos, sed etiam ad donatos eam legem, *ut manumitteretur*, pertinere.

(329) L. 1.º Cod. si mancip. IV, 57; L. un. § 4.º Cod. de latin. libert. toll. VII, 6; Paulo L. 9.ª Dig. de serv. export. vel si manc. XVIII, 7 — si prior ita vendidit *ut prostituta libera esset*, posterior *ut manus injicere liceret,* potior est libertas, quam manus injectio. Plane si prior lex manus habeat injectionem, posterior libertatem, favorabilius dicetur liberam fore, quoniam utraque conditio pro mancipio additur.

(330) Paulo L. 56 Dig. de contrah. empt. XVIII, 1.

(331) L. un. § 4.º Cod. de latin. liberi. toll. — Si quis ancillam suam sub hac conditione alienaverit — ne *prostituatur —,* novus autem dominus impia mercatione eam prostituendam esse tentaverit, vel si pristinus dominus injectionem manus in tali alienatione (sibi) reservaverit, et cum ad eum fuerit reversa, ancillam prostituerii: illieo in libertatem Romanam eripiatur: et qui eam prostituerit, omni jure patronatus repellatur. Qui enim ita degener et impius constitutus est... quomodo dignus est vel ancillam, vel libertam eam habere?

(332) L. un. § 4.º Cod. cit.

(333) Papin. L. 6.ordf; pr. Dig. de serv. export. XVIII, 7 — Si *ne prustituatur* exceptum est, nulla ratio occurrit cur pæna peti et exigi non debeat...; etenim alias, remota quoque stipulatione, placuit ex vendito esse actionem.

(334) Mesmo entre os romanos essa cláusula se infringia e todavia a liberdade era mantida em muitos casos, como se depreende, entre outras, da L. 6.ª Dig. de serv. export. XVIII, 7 — *aut libera judicetur.*

(335) Ord. L. 4.º tit. 96 §5.º — Tendo os herdeiros ou companheiros alguma cousa, que não possam entre si partir sem dano, assi como *escravo...* não a devem partir, mas devem-na vender a cada um deles, ou a outro algum, qual mais quiserem, ou por seu aprazimento trocarão com outras cousas... E se se não puderem por esta maneira avir, arrenda-la-ão, e partirão a renda entre si.

(336) Lobão, *Casas* §§ 276, 277.

(337) Partus sequitur ventrem.

(338) Gaio Com. III, §167; Inst. J. § 3.º de stip. serv. III, 18; Ulp. L. 7.ª Dig. eod XLV, 3.

(339) L. 13 Dig. de donat. XXXIX, 5; L. 37 Dig. de acquir. rer. dom. XLI, 1; L. 5.ª Dig. de stip. serv.; L. ult. Cod. per quas personas nobis acquiratur, IV, 27.

(340) Inst. cit.; Marcel. L. 12 Dig. de auctor. tutor. XXVI. 8; Ulp. L. 7.ª §1.º Dig. de stip. serv.

(341) Gaio, Inst., e Ulp. já cit. — Quando estipulava por todos *nominatim*, alguns opinavam que se deveria entender *pro portione virili* (por cabeça) — Pomp. L. 37 Dig. de stip. servor.

(342) LL. já cit. supra e outras correlativas.

(343) Pe. Bremeu já cit. Trat. 1.º tit. 7.º §6.º resol. 29.

(344) Arg. do art. 28 §1.º do Cod. Crim. v. *até o valor deste.* — O princípio da solidariedade consignado no art. 27 não tem aplicação ao caso.

(345) Venda, troca, dação in solutum, doação inter vivos ou causa mortis, herança, legado, e outros semelhantes. Pode mesmo renunciar a sua quota em bem da liberdade do escravo.

(346) Meia sisa (hoje imposto fixo), décima ou taxa de legados e heranças, direitos de habilitação, de insinuação, e outros semelhantes. Quanto aos impostos que são proporcionais aos valores sobre que recaem, é evidente. Quanto aos fixos (sisa v. g.) o decidiu o Av. n.º 371 de 13 de Junho de 1861.

(347) V. L. n.º 1237 de 24 de Set. de 1864 art. 2.º §1.º; Reg. 3453 de 1865 art. 140 §2.º

(348) L. cit. art. 4.º §8.º: Reg. cit. art. 242.

(349) O exercício do direito está limitado reciprocamente, quanto ao uso, disposição, castigo e outros efeitos. Mas não pode ir ao extremo de extinguir direta ou indiretamente o direito dos condôminos. Muitas leis o comprovam.

(350) V. adiante Seç. 3.ª art. 4.º deste Cap. 3.º

(351) *Jus utendi et fruendi*, e nada mais — Gaio Com. II §§ 91, 94; Inst. J. §4.º per quas person. II, 9; L. 10 §3,º, L. 19 Dig. de aquir. rer. dom.

(352) Inst. cit. §4.º — De iis autem servis in quibus tantum modo usumfructum habetis, ita placuit, ut quidquid ex re vestra vel ex operis suis adquirant, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consequuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat.

(353) Idem.

(354) Ulp. L. 21 Dig. de usufr. VII, 1 — Si servi ususfructus sit legatus, quidquid opera sua adquirit vel ex re fructuarii, ad eum pertinet, sive stipuletur, sive ei possessio fuerit tradita. Si vero heres institutus sit, vel legatum acceperit: Labeo distinguit *cujus gratia* vel heres instituitur, vel legatum acceperit.

(355) V. Pothier, Pand.; Hein, idem.

(356) Ulp. L. 23 Dig. eod — modicam quoque castigationem fructuario competere. — Aplicável entre nós, *ex vi* do art. 14 §6.º Cod. Crim.

(357) Caqueray já cit. pag. 36, censurando o exposto nas Inst. J. §2.º per quas person. III,29.

(358) Dig. de oper. servor. VII, 7; Papin. L. 2.ª Dig. de usu et usufr. XXXIII, 2.

(359) Inst. J. §4.º já cit.; § 1.º per quas person. III, 29 — Idem — placet et de eo qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bonæ fidei possessore.

(360) Cod. Crim. art. 28 § 1.º — Pode abandoná-lo à indenização, sem que por isso se extingua o usufruto (Ulp. L. 17 § 2.º Dig. de usufr. VII, 1 — Proprietarius servum noxæ dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat: quoniam noxæ deditio jure non perimit usumfructum).

(361) Cod. Crim. art. 21 — Ulp. L. 17 §3.º Dig. eod — Si qui servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliæ fructuario dandam, numquam dubitavi.

(362) Inst. J. §37 de divis. rer. II, 1; Ulp. 68 Dig. de usufr. VII, 1 — Vetus fuit quœstio — *an partus ad fructuarium pertineret?*

— sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest; hac ratione, nec usumfructum in eo fructuarius habebit.

(363) Inst. cit. §37; Ulp. L. 68 cit.; Gaio L. 28 Dig. de usur. — Em tese eram equiparados às crias dos animais, aliás reputadas frutos (L. 68 §1.º Dig. de usufr.; Inst. J. §37 cit.), e como tais, a título de *acessão natural* pertenciam ao senhor das mães segundo a regra — partus sequitur ventrem.

(364) Ulp. L. 27 Dig. de petit, heredit. V, 3. — É admirável a agudeza e filosofia do grande Jurisconsulto.

(365) Non temere ancilæ ejus rei causa eomparantur ut pariant.

(366) Gothofredo nota a L. 27 Dig. de petit. hered. — Pothier Pand. — Ortolan às Inst. de Just.

(367) Ord. L. 4.º tit. 97.

(368) Como vimos. Inst. J. § 37 de divis. rer.

(369) Ord. L. 4.º tit. 97 §§ 14 e 15; Nov. 108 Cap. 1.º

(370) As opiniões se acham divididas no nosso foro e Tribunais a respeito da questão. Eu mesmo segui por muito tempo a opinião de que se não devem conferir os filhos havidos antes do falecimento do doador. Mas estou convencido hoje de que é mais acertada a opinião contrária. A faculdade de alienar, conferida ao beneficiado, não é inconciliável com a obrigação de conferir, que tem por fim especialíssimo a igualdade dos quinhões hereditários dos descendentes, herdeiros forçados ou necessários. — O princípio *partus sequitur ventrem* tem aqui toda a aplicação. — A questão acha-se submetida ao Poder Legislativo para interpretar autenticamente a Lei (V. Relat. do M. da J. de 1866).

(371) Ord. L. 4.º tit. 97. Tanto assim que, se o escravo sujeito a colação falece mesmo em vida do doador, entende-se que pereceu por conta do acervo, e não vem a ela portanto o seu valor L. 2.ª §2.º Dig. de collation.; — arg. da Ord. cit. pr. e §§ 14 e 15; Consol. das Leis Bras, nota 4 ao art. 1206, e nota 2 in fine ao art. 1216).

(372) V. Seç. 3.ª art. 4.º deste Cap. 3.º

(373) Prescrição dos móveis e semoventes — Mello Freire, Dir. Civ. L. 3.º tit. 4.º §5.º

(374) No escravo fugido conserva o senhor a posse civil, enquanto ele não é apreendido por outrem (L. 1.ª Dig. de aquir. vel amitt. posses) L. l.ª Cod. de serv. fugit. VI, 1 — Servum fugitivum sui furtum facere, et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis prœscriptionem, manifestum est: ne servorum fuga dominis suis ex quacumque causa fiat danosa.

(375) Prescrição *longissimi temporis*, em a qual a *boa fé* e *título* se presumem (Mello cit. §9.º)

(376) Como veremos em lugar oportuno. V. Seç. 3.ª art. 3.º e Seç. 4.ª

(377) Savigny — Dir. Rom. tom. l.º §55 — A *reivindicatio* é a garantia do *dominium*; é a ação real.

(378) Idem. — Do mesmo modo que aquela é a protetora do domínio, esta (*vindicatio in servitutem*) o é do poder dominical (*potestas*).

(379) V. Reg. n.º 2433 de 15 de Junho de 1859. — Manual do Procurador dos Feitos já cit. — Reputa-se do evento o escravo também no caso em que, recolhido à Casa de Correção na Corte, não é reclamado dentro do prazo designado (Decr. de 14

de Fevereiro de 1857.)

(380) Job Cap. Ill v. 19 — Parvus et magnus ibi sunt, et servus liber a domino suo. — Mors omnia solvit (Nov. 12 Cap. 20) — Marezol por Pellat. §71. — De sorte que, se fosse possível ressuscitar, seria como livre (Padre Bremeu. Univ. Jur. Trat. l.º tit. 6.º §1.º n.º 1) — Não assim, a pena; nem o perdão, mesmo da de morte; exceto quando servo da pena (§ 4.º, e notas 32 e 33): — nem a *morte civil,* porque a não pode sofrer o escravo, como já havia decidido o Dir. Rom. na teoria da capit. dem. (§1.º e nota 3).

(381) Inst. J. Liv. I tit. 5.º De libertinis; Dig. de manumissionibus XL, 1; Cod. J. Liv. VII, tits. 1 a 20 (manumissiones). — V. o art. 2.º seguinte.

(382) Dig. XL, 8 qui sine manumissione ad libertatem perveniant; Dig. XL, 13 quibus ex causis servi pro prœmio libertatem accipiunt. — V. o seguinte art. 3.º

(383) Êxodo Cap. 21 v. 2 — Si emeris servum Hebrœum, sex annis serviet tibi; in septimo egredietur liber gratis. — Deuteronômio Cap, 13 v. 12.

(384) Levítico Cap. 25 v. 10 Sanctificabisqueannum quinquagesimum.... ipse est enim jubileus. Revertetur homo ad possessionem suam, et unusquisque rediet ad familiam pristinam. — Em regra, a escravidão do estrangeiro era perpétua (Levit. Cap. 25 v. 44 a 46).

(385) Deuteronômio Cap. 21 v. 11 a 14 — dimittes eam liberam, nec vendere poteris pecunia....

(386) Êxodo Cap. 21 v. 26 e 27 ...dimittet eos liberos pro oculo quem eruit.

(387) V. Wallon já cit.; Augustin Cochin — Abolition de

l'esclavage Paris 1861 — A Rússia aboliu em 1861 a servidão. — A Holanda em 1862 a escravidão nas colônias. — A gigantesca contenda de sangue nos Estados Unidos da Norte América, inaugurada em 1861, terminou pela derrota do Sul, e conseguintemente pela abolição. — A Espanha e Portugal tratam do assunto quanto às colônias. — É possível que o Brasil se mantenha em unidade por muito tempoem relação a semelhante questão?

(388) Como decidiu a L. de 18 de Agosto de 1769, e foi explicado pelos Estatutos da Universidade de Coimbra de 28 de Agosto de 1772. — Teremos o cuidado de ir fazendo a aplicação que nos parecer aceitável desse Direito; outros farão o mesmo; o pensamento é livre, e esta liberdade deve ser respeitada.

(389) Gaio Com. I §17 — Si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber (Cicero, Topic. 2.º).

(390) Ulp. Reg. tit. 1.º §8.º

(391) Ulp. cit. §7.º, Gaio Com. IV §16.

(392) Ulp. cit. §§ 7 a 9.

(393) Ulp. Reg. tit. III.

(394) V. Hein. Recit. L. 1.º tit. 5.º §101; Fresquet Droit Rom.; Pothier Pandectæ; Hein. Pand.; Ortolan às Inst. — Mais tarde Justiniano exigiu que a carta fosse assinada por cinco testemunhas, para maior garantia da verdade a favor dos libertos e também dos senhores (L. un. §1.º Cod. de Latin, libertat, toll. VII, 6).

(395) L. un. §2.º Cod. J. de latin, libert. toll. VII, 6.

(396) Pothier Pand. L. 40 tit. 1.º n.º 3 vol. 2.º

(397) Inst. J. §12 de adoption. I,2; L. un. §10 Cod. J. do latin. libert. toll. VII, 6.

(398) Hein. Recit. §§96, 99,103. — V. g. consentir que o escravo se apresentasse em público com medalhas e distintivos próprios dos inocentes (Hein, cit.); entregar ao escravo perante testemunhas, ou rasgar ante estas, o título de domínio sobre o mesmo (Caqueray cit. pag. 74; Pothier cit.).

(399) LL. l.ª e 2.ª Cod. J. de his qui in SS. Eccles. I,13.

(400) L. 23 Dig. de manumissis vindicta XL, 2.

(401) Como, v. g., se o instituísse herdeiro, legatário, o nomeasse tutor ou curador — Hein, cit.; Pothier Pand.

(402) L. un. Cod. do nudo jure Quirit. toll. VII, 25.

(403) Inst. J. §§ 2.º e 3.º de libertinis I, 5 — Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest... — Cod. J. L. VII, tit. 5 (de deditilia libertate tollenda), tit. 6.º (de latina libertate tollenda, et per certos modos in civitatem romanam transfusa), tit. 15 (communia de manumissionibus).

(404) Aos *cativos* manumitidos pelo Estado também se concedia esta qualidade (L. 5.ª §3.º Dig. de captiv. XLIX, 15). — Os *latini* podiam igualmente adquirir os direitos de *cives romani* em casos especiais.

(405) A Lei Ælia Sentia é do tempo de Augusto (761), a Norbana, de Tiberio (772), segundo a opinião mais seguida. — A expressão *deditii* designava originariamente os inimigos que vencidos *se entregavam* (*se dederant*) para distingui-los dos

outros *apreendidos* (*manu capti*).

(406) Hein. Recit.; Ortol. às Inst.; Savigny, Dir. Rom. — Só os *romani* gozavam de todos os direitos civis, com poucas restrições.

(407) L. un. Cod. de dedit. libertat, toll.; L. un. Cod. de latin. libertat. toll., L. 2.ª Cod. Comm. de manumiss. — Ampliandam magis civitatem nostram, quam minuendam esse censemus.

(408) Mello Freire, Dir. Civ. L. 2.º tit. 1.º

(409) Mesmo neste tempo os *dedititii* haviam caído em desuso (L. un. Cod. J. de dedit. libertat. toll. VII, 5).

(410) V. Hein. Recit. L. 1.º tit. 5º §113; Savigny, Dir. Rom.

(411) A carta é geralmente registrada nas Notas de algum tabelião; do que dão fé os registros respectivos.

(412) Os registros das Provedorias são a prova viva desta asserção.

(413) Os livros paroquiais dos batismos o confirmam. — O batismo só por si não liberta; é necessário ato ou declaração do senhor (arg. da Ord. L. 5.º tit. 99, e Prov. de 29 de Abril de 1719).

(414) V. sobretudo, em relação à matéria deste art. 2.º, — Pothier Pandectæ L. 40 — De manumissionibus — tom. 3.º pag. 613 e seguintes, e L. 50 — De Regulis juris, tit. 17 tom. 5.º pag. 33 a 36 — Veremos que, não obstante tais favores à causa da liberdade há limitações no exercício ou faculdade de manumitir.

(415) Como se lhe faltar alguma solenidade, ou mesmo não se chegue a concluir o testamento, segundo refere julgado já em 1486 o Padre Bremeu no seu — Universo Jurídico — Trat 1.º

tit. 7.º §6.º resol. 24 e 25; o que entre nós se há igualmente julgado, mesmo no Supremo Tribunal de Justiça (Acc. de 29 de Outubro de 1864, no *Correio Mercantil* de 24 de Novembro) — V. Pothier, Pand. L 40 tom. 3.º pags. 630 e 631.

(416) Nenhuma aplicação tem ao caso das manumissões a Ord. L. 3.º tit. 59 (como por vezes já se tem julgado nos Tribunais do Império).

(417) Segundo o axioma de Dir. Rom., pelo qual conferida a liberdade era inauferível; devendo-se conseguintemente entender que não havia sido conferida (L. 20 Cod. de liber. causa. — *Nihil agit*).

(418) Dig. qui et a quib. manum. liberi non fiunt XL, 9; Dig. quib. ad libertat. proclamare non licet XL, 13; — Paulo L. 17 §1.º Dig. qui et a quib. cit. — non fit liber, si *mentitus* dominus ne a magistratibus castigaretur, dixit esse liberum, si non fuit *voluntas* manumittendi; — L. 8.º Cod. de jur. et fact. ignor. —, L. 9.º Cod. eod. cum nullus sit *errantis* consensus; L. 41 Cod. de liberal. causa, — Pomponio L. 28 Dig. eod: — non videtur domini voluntate servus in libertate esse, quem dominus *ignorasset* suum esse. Et est hoc verum. Is enim demum voluntate domini in libertate est, qui possessionem libertatis ex *voluntate* domini consequitur; Marciano L. 9 Dig. qui et a quib. Ille servus liber non erit, qui *coegerit* ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripsit liberum eum esse; Paulo L, 17 Dig. eod. — Si privatus *coactus* a populo manumiserit, quamvis voluntatem accomodaverit, tamen non erit liber; L. 3.ª Cod. qui manum. non poss. VII, 11.

(419) Papin. L. 47 Dig. de manum. testam. XL, 4. — Quum ex falsis codicillis per errorem libertas, licet non debita, præstita tamen ab hærede fuisset, viginti solidos a singulis hominibus inferendos esse hæredi Princeps constituit. — Esta Lei de Adriano foi aplicada por Antonino ao caso do legatário, como

se lê na L. 2.ª Cod. de fideicom. libert. — Quamvis codicilli, quibus avunculo defunctæ legatus esse videris, falsi pronunciati sunt; tamen, si ante motamcriminisquœstionem justam libertatem es a legatario consecutus, — posterior eventus non infirmat ita datam libertatem. Plane, secundum Div. Hadriani constitutionem, datur heredi viginti aureorum repetitio. — Ainda no testamento declarado inoficioso ou mesmo falso, quando interessado filho do testador — L. 47 §1.º Dig. de manum. testam. — Sed etsi conditionis implendæ gratia servum institutus manumiserit, ac postea filius de inofficioso agendo tenuerit, vel testamentum falsum fuerit pronunciatum, consequens erit idem in hac specie fieri quod in falsis codicillis constitutum est.

(420) Papin. L. 47 Dig. de manum. testam.; Scevola L. 54 pr. eod.

(421) - L. 9.ª §2.º Dig. quod metus causa; — Pothier, Pandectæ L. XL. tit. 1.º n.º VII — Pariter licet quis coactus manumisit, valet manumissio; salva manumissori actione *quod metus causa* adversus eum a quo coactus est. — Isto não tem aplicação entre nós; mesmo porque essa distinção de modos solenes e não solenes nunca foi recebida; a coação anula o ato segundo as regras gerais do Direito.

(422) L. 9.ª §1.º Dig. de manum. vindicta; — L. 1.ª Cod. de vind. manum. VII, 1. — Post causam a judicibus probatam et mamimissionem secutam, non solet status in dubium revocari, si dicantur falsa demonstratione liberati.

(423.) Modestino L. 20 Dig., qui et a quib. manum. liberi non fiunt; L. 4.ª Cod. de his qui a non domino manumi. sunt VII, 10. — Nemo enim alienum servum, quamvis ut proprium manumittat, ad libertatem perducere potest; — L. 5.:ª Cod. eod. — V. Pothier, Pand. L. 40 tom. 3º pags. 650 a 654.

(424) Provis. de 15 de Dezembro de 1823 (Col. Nab.) - v. apesar do benigno acolhimento que as idéias filantrópicas recomendam em questões de liberdade, contudo, como há oposição no reconhecido senhor..., não pode ser privado do domínio...

(425) É a cláusula *ut manumittatur*, de que já tratamos antecedentemente. — V. Pothier -, Pand. cit.

(426) LL. 1.ª e 3.ª Dig. qui sine maunumis. XI, 8. — Gothofredo acha extraordinário (incredibile) que o comprador seja em tal caso *patrono forçado* do liberto.

(427) L. 8.ª Dig. eod.

(428) L. 1.ª Dig. eod. in fine.

(429) V. adiante Seç. 3.º arts. 4.º e 6.º deste Cap. 3.º

(430) Idem.

(431) L. l.ª Cod. de his qui a non dom. VII, 10. — Eum, qui servos alienos, ac si suos manumittit, ut pretium eorum dominis, si hoc elegerint, dependat, vel quanti sua interest, sæpe rescriptum est teneri.

(432) V. g.: 1.º se o filho liberta, de consentimento do pai, escravo deste (L. 22 Dig. de manumiss. —); 2.º se o ato e aprovado ou ratificado pelo senhor (L. 6.ª Dig. de reg. jur. —); 3.º se alguém, encarregado de comprar para outrem algum escravo, o libertar antes de haver sido transferido o domínio ao mandante pela tradição (L. 2.ª Cod. de his qui a non dom. manumis. suut).

(433) Modest. L. 19 Dig. qui et a quib. XL, 9. — Nulla competit libertas data ab eo, qui postea servus ipse pronuntiatus est. — Todavia a prescrição aproveita a bem da liberdade (L. 1.ª Cod.

ne de stat. defunct. post quinquennium quæratur VII, 21). — O *servo da pena* também não podia manumitir (L. 8.ª pr. Dig. de manumissionibus XL, 1): o que entre nós nenhuma aplicação pode ter; a proibição da Ord. L. 4.º tit. 81 § 6.º, quando se entenda em vigor, não é extensiva à alforria, mesmo porque se diz *pia* a causa da liberdade.

(434) Paulo L. 24 Dig. de man. vínd. XL, 2. — *Infante* é o menor de sete anos (L. 18 Cod. de jur. de liber.)

(435) Pomponio L. 22 Dig. qui et a quib.; L. 6.ª Cod. qui man. non poss.; L. 13 Dig. de manumis. XL, 1. — Servus furiosi ab agnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. — Exceto se é devida a liberdade ao escravo a título de fidei-comisso ou outro semelhante. — L. 13 Dig. cit. — Si autem ex fidei-commissi causa deberet libertatem furiosos, dubitationis tollendæ causa, ab agnato tratendum servum, üt ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait; L. 2.ª Dig. de manum. vind.

(436) Paulo L. 24 Dig. de manum. vind. — Podia, porém, fazê-lo, por justa causa *apud consilium*, representado por seu tutor (L. 24 cit. — Pupillus, qui infans non est, apud consilium recte manumittit — Scilicet tutore auctore). — Aquela proibição só se refere aos escravos próprios do menor, não a outros (Pothier, Pand. L 50 tit. 17 nota 8 ao n.º CCXXXIV

(437) Ulp. I §19; L. 9 §20 Dig. de hered. inst. XXVIII, 5) — Direito geral, segundo o qual o usufrutuário não pode dispor da *substancia* (L. 1.ª Dig. de usufr.; Inst. eod.) — Exceto se é impróprio, isto é, se tem a faculdade de dispor, por equiparado a verdadeiro proprietário (Nov. 108 cap. 1.º) — V. adiante art. 4.º desta Seç. 3.ª cap. 3.º

(438) Não o podiam por Dir. Rom. os réus de lesa-majestade, de crimes capitais, da lei Cornelia de *siccariis*, e outros (L. 15 ad

leg. Juliam; L. 8 §§l.º e 2.º Dig. de manumis.) — O que entre nós não está aceito.

(439) Gaio Com. I §40.

(440) Ulp. I §13; Gaio I §19, 39; — Inst. J. §§ 4.º a 6.º qui et quib, ex causis manumitt. non licet I, 6. — Lei Ælia sentia.

(441) Inst. J. §7.º qui et quib. ex causis manum. I,6.

(442) Nov. 119 cap. 2.º

(443) Arg. da Ord. L. 4.º tit. 81 pr. que lhes permite testar.

(444) Arg. da Ord. L. 4.º tit. 81 pr. e §1.º

(445) Ord. L. 4.º tit. 81 §2.º - O surdo pode libertar (L. 1.ª Dig. de manumissionibus); e assim o mudo, o cego, e outros semelhantes, contanto que possam manifestar a sua vontade por modo legítimo (arg. da L. cit.; da Ord. cit. §5.º.

(446) A interdição, embora importe em regra a proibição de alienar e mesmo de administrar (Ord. L. 4.º tit. 81 §4.º, e outras), todavia não tem neste caso por fundamento a ausência de conhecimento, ciência, ou vontade; o favor à liberdade autorizaria a alforria, sobretudo por ato de última disposição, à semelhança de outros casos já mencionados.

(447) Em regra, a mulher casada não o pode fazer por si só por ato entre vivos (Consol. das Leis Bras. 2.ª ed. pag. 97). Mas, por favor à liberdade, o ato se deve manter tanto quanto seja possível, harmonizando-se os princípios de humanidade com os direitos do cabeça de casal e interesses conjugais (arg. da L. Julia de adulteriis; — arg. da Ord. L. 4.º tit. 61 §1.º, tit. 97 pr., e de outros casos. — V. B. Carneiro Dir. Civ. L. 1.ºtit. 12 § 121).

(448) O que é freqüente entre nós. V. B. Carneiro Dir. Civ. L.

1.º tit. 12 §122 n.2 — A Prov. de 11 de Outubro de 1823 mandou que isto se respeitasse (Col. Nab.; — Repert. do Dr. Furtado v. liberdade).

(449) Aviso n.º 34 de 18 de. Janeiro de 1860; Av. de 13 de Julho de 1865 — no *Diário Oficial* de 12 de Agosto. — Arg. do art. 115 da Const. do Imp.

(450) Arg. da L. n.º 317 de 21 de Outubro do 1843 art. 32; Ord. n.º 160 de 30 de Outubro de 1847; Av. n.º 87 de 26 de Março de 1852. — Do que há inúmeros exemplos, sobretudo nestes últimos tempos. — Procede-se a uma avaliação razoável; e, sendo favoráveis ao escravo as informações, concede-se-lhe a alforria, pago o preço da avaliação V. Relat. do M. da Faz. de 1866). — A carta é sujeita a despesas, que também devem ser pagas (Av. 358 de 4 de Agosto de 1863); o que julgamos pouco equitativo.

(451) L. 9 §2 Dig. qui et a quib. manum. liberi non fiunt XL, 9 — V. supra §§56 e 57. — Exceto, v. g. se o próprio senhor o libertava (L. 40 § 1.º Dig. de fideic. libertat.); se cessava a causa da proibição (L. 2.ª Cod. qui non poss. ad libertat. pervenire).

(452) Ulp. L. 4.ª Dig. eod. — Servum pignori datum manumittere non possumus. — Salvo se o credor convinha (Hermog. L. 27 eod — Pignori datus servus, antequam debiti nomine fiat satis, *sine consensu creditorum* manumitti non potest; — L. 4.ª Cod. de servo pignori dato manumis. VII, 8). — Ainda que o devedor fosse rico (Paulo L. 3.ª Dig. de manum. XL, 1 — Servus pignori datus, etiam si debitor locuples sit, manumitti non potest).

(453) Gaio L. 29 Dig. eod. — Generaliter pignori datus servus, sine dubio pleno jure debitoris est, et justam libertatem ab eo consequi potest; — L. 3.ª Cod. de serv. pign. dat. manum. — Salvo se em fraude dos credores (L. 29 cit. — si lex Ælia sentia

non impediat libertatem, id est, si solvendo sit, nec ob id creditores videantur fraudari).

(454) Scevola L. 26 Dig. eod. — Soluta ergo pecunia, ex illa voluntate liber fit; — L. 27 §1.º eod; — L. 5.ª Cod. de servo pign. dat. manum. VII, 8. — Nem o devedor era admitido a reclamar contra as liberdades, com o fundamento de tê-las dado em fraude dos credores (L. 5.ª Cod. cit. ipse manumissor, si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates, audeat dicere, audiri non debet, nec heredes ejus), segundo o Direito geral (L. 30 Cod. de transact. II, 4).

(455) L. 11 Dig. qui et a quib.; — L. 2.ª Cod. de serv. pign. dat. man. VII, 8 — Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.

(456) LL. 1.ª e 7.ª Cod. eod.; L. 21 Dig. de manum.; L. 12 Cod. de jur. dot. V, 12 — Contanto que o marido seja solvável; e o escravo não esteja constituído em hipoteca ou penhor especial (LL. cit.)

(457) LL. já cit. — Porém mautinham-se as liberdades, se o devedor solvia a obrigação, ou esta se extinguia por outros modos legítimos, extinguindo-se também a hipoteca ou penhor (LL. já cit. supra); a prescrição aproveitava ao escravo assim liberto (L. 16 Dig. qui et a quib.)

(458) Ou fosse cúmplice o escravo, ou tivesse de ser submetido a interrogatório. — Inst. J. pr. de hered. instit. II,14; Ulp. L. 12 Dig. de liberal. caus. XL, 12. — Por exceção, em certas circunstâncias valia a manumissão ou como definitiva, ou como fidei-comissária, ou a termo (Ulp. LL. 12 e 14 Dig. qui et a quib.; Paulo L. 13 eod).

(459) Ulp. L. 12 Dig. qui et a quib. — Prospexit legislator ne mancipia per manumissionem qæstioni subducantur; ideircoque prohibuit ea manumitti; — Marcian. L. 8.ª §3.º Dig. de manum. — Sed nequidem illos ad justam libertatem pervenire Divus Hadrianus rescripsit, qui ideo manumissi sunt, ut crimini subtraherentur.

(460) L. 1.ª Cod. qui non poss. ad libertat. perv. VII, 12 — Cum Divus Claudius constituerit.... in *perpetua vincula damnatos* ad libertatem perduci non posse... Mas não deixava de ser escravo do seu senhor (L. 8.ª §11 Dig. de pænis); o que importa, entre nós, a não aceitação de tal proibição — V. nota seguinte.

(461) Papin. L. 33 Dig. de pænis XLVIII, 19 — Nem a liberdade, nem as aquisições eram impedidas em tal caso; só ficavam dependentes do cumprimento da pena para que tivessem pleno efeito. — Servos in *temporaria vincula* damnatos, libertatem, et hereditatem, sive legatum, postquam tempus expleverint, consequi... Concorda a L. 1.ª Cod. cit.

(462) Paulo L. 12 Dig. de manum.; L. 17 §2.º Dig. qui et a quib.

(463) L. Ælia Sentia — Gaio Comm. I §17.

(464) Inst. § 3.º de libertin. I, 5; Cod. L. 14 de fideic. libertat. VII, 4 — Nos vetus jurgium decidentes, libertatis favore censemus et fideicommissariam, necnon directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculo, sive in fæmina, qui, quæve adhuc in ventre vehitur, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum, vel eam ediderit. — E se nascia mais de um, eram todos livres — L. 14 Cod. cit. — Sin autem plures creati, vel creatæ sint, sive unius fecit mentionem, sive pluraliter nuncupavit, nihilominus omnes ad libertatem a primis veniant cunabulis, cum in ambiguis sensibus melius sit (et maxime in libertate, favore ejus) humaniorem amplecti sententiam. — O louco podia, por conseguinte, ser

também manumitido L. ult. Dig. de manum.) — Não é necessário o consentimento do escravo, nem este pode recusar a liberdade (Inst. J. de *libertinis*); contra as regras gerais.

(465) Ulp. Reg. I §24; Gaio L. 24 Dig. de manum. testam.

(466) Gaio Inst.; V. Pothier, Pand. Liv. 40 tit. 9.º tom. 3.º pag. 660. A proibição estendia-se a alguns atos *entre vivos* quando em fraude da lei (idem).

(467) Inst. L. I tit. 7.º de leg. Fus. Can. toll; — L. un. Cod. de Lege Fusia Caninia toll. VII, 3 — Servorum libertates in testamento relictas, tam directas quam fideicommissarias ad exemplum inter vivos libertatum, indistincte valere censemus, Lege Fusia Caninia de cætero cessante, nec impediente testantium pro suis servis clementes dispositiones effectui mancipari.

(468) Ulp. fr. I §12; Inst. J. pr. e §3.º quib. ex caus. manum. non licet. II. 6: L. 1.ª §1.ordm; Dig. de statul.: L 10, 24 Dig. qui et a quib.; L. 1.ª Cod. qui mamu. non possunt, et ne in fraud. credit. manumitt. VII, 11 — V. Pothier, Pand. L. 40 tit. 9.º tom. 3.º pag. 687 e seguintes; — sobretudo quanto aos casos em que se presumia ou não ser conferida em fraude dos credores a alforria. — Enquanto é incerto se o credor usa do seu direito contra as alforrias, o escravo é reputado *statuliber* (L. 1.ª Dig. de statulib.); mas os filhos nascidos antes da sentença que anular a alforria são livres (Consol. cit. nota 4 in fine ao art. 421 §4.º; V. adiante Cap. 3.º seç. 3.ª art. 7.º)

(469) L. 15 Dig. quaæ in fraud. credit.

(470) L. 15 e 16 Dig. eod.; L. 5.ª Cod. de serv. pign. dat. manum.

(471) L. 26 Dig. qui et a quib.: L. 27 §l.º cod.; e outras.

(472) L. 16 Dig. cit.

(473) Inst. §1.º quib. ex caus. manum. non licet I, 6. — Esta alforria não podia ser declarada nula (L. 6.ª Cod. de necc. serv. hered. VI,27).

(474) Era a *addictio bonorum libertatum servandarum gratia,* remédio introduzido por Marco Aurélio e desenvolvido por Justiniano a bem das liberdades, que de outro modo caducariam, sobretudo nos casos de destituição do testamento; extensivo aos outros atos de última vontade; quer fosse direta quer fidei-comissária a manumissão; e ainda nas sucessões ab intestado; e nos atos entre vivos; sem que fosse obstáculo devolver-se a herança ao Fisco (Inst. J. §§1.º, 3.º e 6.º de eo cui libertat. caus. bona addic. III, 11; — Ulp. LL. 2, 3, 4 Dig. de fideicom. libertat. XL, 5; — L. 6.ª Cod. de test. manum. VII–2; Papin. L. 50 Dig. de man. testam. XL 4). — Ainda mais, Justiniano permitiu que o escravo ou mesmo um estranho pudesse reclamá-la dentro de um ano depois da venda dos bens, indenizando o comprador; assim como que pudesse ajustar com os credores pagar unicamente parte da dívida; que fosse licita a *addictio*, quando mesmo só alguns pudessem ser mantidos na liberdade (humanius est ut pauci saltem perveniant ad libertatem), preferido aquele que mais vantajosas condições oferecesse, sobretudo em bem das liberdades (L. 15 Cod. de test. manum. VII, 2). — V. Pothier, Pand. L. 40 tom. 3.º pag. 637 a 640.

(475) Paulo L. 55 Dig. de hered. instit. XXVIII, 5; Terent. Clem. L. 24 Dig. qui et a quib. manum. liberi non fiunt. — V. nota antecedente.

(476) Gaio L. 9 §2 Dig. de liberal. caus. XL, 12.

(477) Caqueray, de l’esclavage chez les Romains pag. 70.

(478) Gaio, Com. I §27; Fresquet, Droit Romain pag. 108.

(479) V. §81 in fine.

(480) Ulp. L, 2.ª Dig. qui et a quib, manum. liber. non fiunt.

(481) V. Pothier Pand. L. 40 tit. 9.º — Cumpre não esquecer que, embora não pudesse conferir-se, em regra, a liberdade a escravo de propriedade *resolúvel*, todavia ela se mantinha até com efeito retroativo (Pothier cit. §4.º n.º14 a 16).

(482) Pe. Bremeu, Universo Jurídico, Trat. l.º tit.7.º §6.º resol. 30, com Arouca aí cit. — Seria mesmo crime de estelionato (Cod. Crim. art. 264). — Exceto consentindo os credores respectivos; e nos outros casos já acima referidos, v. g., se o escravo apresentasse o seu valor, se obrigasse a pagar com seus serviços, ou alguém por ele o fizesse, etc. — V. Consol. das Leis Bras. 2.ª ed.-nota 3 in fine ao art. 767, nota 2 in fine ao art. 1131.

(483) V. g. seja tivessem execução aparelhada (V. Pereira e Souza, proc. civ. notas 788, 790, 891, 896; e Decr. n. 737 de 1850 arts. 494); se o devedor, tendo consciência da sua insolvabilidade, manumite com fraude todos os escravos para prejudicar os credores, não havendo outros bens (v. Pe. Bremeu cit. Trat. l.º tit. 7.º §6 resol. 26}; se cometer artifício fraudulento, inda que o escravo fosse digno da alforria (Pompon. L. 23 Dig. qui et a quib. XL, 9 — quamvis bene dedisset merenti hoc). — Poderia mesmo verificar-se o caso do estelionato do §4.º art. 264 Cod. Crim. — V. Cons. das Leis Bras., 2.ª edição nota ao art. 1131. — Está entendido, e já dissemos que, ainda assim, as liberdades devem procurar manter-se por todos os meios legítimos; entre os quais seria o de admitirem-se os libertos a pagar por si, por seu pecúlio, por seus serviços, ou por outrem, as dívidas, ou ajustarem-se a tal respeito com os credores. — Nem se deve atender só ao fato

(*eventus*), mas e principalmente à intenção (*consilium*). Inst. J. §3.º qui et ex quib. caus. I, 5.

(484) Porque não tem o testador em tal caso plena e livre disposição. — Mas, ainda assim, se devem manter as liberdades, tanto quanto seja possível, obrigados os libertos a repor o excesso do seu valor para não prejudicar as legítimas dos herdeiros, à semelhança dos legados de cousa indivisível (arg. da Ord. L. 4.º tit. 82, tit. 96. — V. Acc. da Rel. da Corte de 17 de Agosto de 1855, no processo vindo de Itaborahy, apelantes lsidro Crespo e outros, sustentado pelo de 8 de Fevereiro de 1856, e pelo do Supremo Trib. de Just. de Junho do mesmo ano. — O Aviso n.º 441 de 21 de Setembro de 1863 consagra a doutrina; porém autoriza a pôr em praça os serviços de tais libertos por tanto tempo quanto seja necessário. Melhor seria a regra sobre os *resgates,* de que trataremos adiante, que todavia deve ser aceita, principalmente podendo acontecer que não apareça quem os arremate (nota 545).

(485) V. g., se um co-herdeiro, ou inventariante, ou testamenteiro liberta, em prejuízo dos interessados; na *administração* não se comprende a faculdade de alienar e de manumitir, como vimos. — Mas, se for co-herdeiro ou cabeça de casal, estando *pro indiviso* o espólio, deve-se lançar no seu quinhão, ainda que obrigado fique à reposição, na forma geral, e com muito maior razão por favor à liberdade. — V. art. 3.º seguinte (alforria legal ou forçada), e art. 4.º (ao escravo comum e alheio).

(486) Tais como a da Lei Julia (de adulteriis), as da L. Ælia Sentia, da L. Furia Caninia, e outras. — O próprio Direito Romano abria exceções; e por fim a maior parte dessas proibicões caiu em desuso e foi mesmo expressamente abolida.

(487) Tais, por ex., de proibir a manumissão, o que até fora em Roma permitido, quando mesmo tivesse por fundamento um

motivo odioso, qual o de impedir que o escravo pudesse melhorar de sorte; — o crime; — a condenação; — o tempo; — o lugar; — e outros. — Disposições que, mesmo entre os Romanos, sofreram exceções; e cairam algumas em desuso até que foram abolidas, como vimos. — Entre nós, não têm sido recebidas, nem são de receber. — Entre outras nações, porém, algumas dessas determinações, ainda obsoletas e revogadas do Dir. Rom., foram admitidas por suas leis; e se lê, v. g., no Código da Luisiana, e em leis de outros Estados da União Norte Americana (V. St. Joseph — Concordance des Codes Civils 1856; Channing, de l'esclavage, trad. por Laboulaye, 1833; — Carey, The slave trade; — Livermore, Historical research, Boston 1862).

(488) Ademptio libertatis Dig. XL, 6.º) — Ulp. fr. tit. 2 §2.º; Pothier, Pand. L. 40 tit. 6.º tom. 3.º pag. 641.

(489) Lei Julia (de adulteriis); e assim, em geral, quando nula de pleno Direito — Gothofr. à L. un. Dig. de adempt. libertat. — pro non data habetur.

(490) Paul. L. 43 Dig. de fideic. libertat. XL, 5 — libertas non debetur ei, quem postea vinxit dominus.

(491) Mœciano L. 58 Dig. de manum. testam. XL,4 — Verum est eum, qui liber esse jussus esset, alienatum a testatore, si ante aditam ejus hereditatem rursus hereditarius fieret, mox adiretur hereditas, ad libertatem pervenire.

(492) V. Pothier, Pand. cit. supra; Consol. cit. nota ao art. 1131.

(493) São de intuição os fundamentos; e já os temos produzido em vários lugares. Na adoção desses princípios do Dir. Rom., como legislação subsidiária, devemos ter sempre em vista que se não oponham à boa razão, ao nosso Direito Consuetudinário, à índole do povo, às idéias da época, aos princípios mesmo de

humanidade e caridade cristã, em semelhante matéria. Assim como o senhor pode retirar arbitrariamente a liberdade que esteja na sua intenção conferir (in mente reposta) embora escrita em testamento cerrado ou codicilo, assim o pode fazer, quando por carta ainda não entregue, exibida, ou mandada registrar; é apenas um ato *intencional,* puramente de *consciência,* do qual nenhum direito vem ao escravo. Por forma que só por morte se verificará, se ainda então o escravo se achar no patrimônio do senhor, e se existir a disposição a seu favor. Os filhos havidos até essa época, ou outra em que o ato produza seus efeitos, são escravos (V. Consol. das Leis Civ. Bras. 2.ª ed. nota 2 in fine ao art. 411). — O mesmo não podemos dizer, quando a liberdade for conferida em testamento aberto, por ser equiparada à alforria *causa mortis*, que não é revogável a arbítrio (V. nota 797; e assim já foi julgado na Relação da Corte).

(494) Dig. de collusione detegenda XL, 16 — S. C. do tempo de Domiciano. — Prescrevia em 5 anos Ulp. L. 2.ª Dig. eod).

(495) Const. de Antonino Pio na L. 12 Cod. de testam. manum. VII, 2 — Si vero, ut vos defraudarent (heredes) libertate, collusisse, eos Præses animadverterit, secundum hæc quæ D. Pius Antoninus constituit, libertatibus consuli providebit.

(496) Sobre os Gregos V. Wallon cit.; — sobre O Código Negro ou edito de 1681 (Luiz 14) Merlin no Repert. de Jurispr. v. esclavage; — sobre a União Americana o Código da Luisiana sobretudo. — Os Atenienses foram mais benignos. Os Romanos muito, com o progresso da Jurisprudência, da Filosofia, e sobretudo pela influência do Cristianismo. Nas Nações modernas o progresso chegou ao extremo da abolição em a quase universalidade dos povos Cristãos.

(497) V. a Bíblia, traduzida pelo Padre Antonio Pereira de Figueiredo — Deuteronômio, Cap. 15, v. 13,14,15.

(498) Dig. qui sine manum. XL, 8; Cod. VII, 1 a 20. — V. Pothier, Pand. L. 40 tom. 3.º pag. 644 a 649.

(499) V. supra §78 e nota 380.

(500) V. supra §25 e nota 172 a 176.

(501) Arg. do §5.º Inst. J. quib. ex caus. manumit. I, 6; da L. 3.ª Cod. Com. de manum. VII, 15; da L. un. §9 Cod. de latin. libertat. toll. VII, 6; Nov. 22 cap. 11, Nov. 78 cap. 3.º e 4.º — A liberdade era assim adquirida implicitamente com o casamento.

(502) Modestino L. 2.ª Dig. qui sive manum.; L. ult. Dig. pro derelicto; L. un. Cod. de latin. libertat. toll.; Nov. 22 cap. 1º; Nov. 153 cap. 1.º

(503) L. un. §3.º Cod. de latin. libertat. toll. — Talis itaque servus libertate necessaria, domino etiam nolente, re ipsa donatus, fiat illico civis Romanus, nec aditus in jura patronatus quondam domino reservetur.

(504) L. ult. Dig. pro derelicto; LL. 1 a 4 Cod. de infant. exposit. VIII, 52. — Mas de consentimento expresso ou tácito do senhor (L. 1.ª cit.); ainda que nas Igrejas ou outros lugares (L. 4.ª cit.). — Eram livres e ingênuos (L. 3.ª cit.). — Não podiam ser reclamados como escravos (LL. 2.ª e 4.ª cit.).

(505) L. un. §§9, 11, 12 Cod. de latin. libertat. toll. VII, 6; Nov. 22 Cap. 11 — non erit justum tale non constare matrimonium; sed tacitam libertatem sequi sive virum, sive mulierem. Si vero ipse... sciat quod agitur, et ex studio taceat. . privamus dominum ita maligne cogitantem; sitque rursus hoc etiam matrimonium, tanquam si consensisset dominus ab initio; et ille quidem cadat dominio, ad ingenuitatem vero servilis persona rapiatur.

(506) L. 3.º Cod. Com. de manum. VII, 15 — Si quis sine uxore constitutes ancillam suam (sub) nomine habeat concubinæ, et in

eadem usque ad mortem suam consuetudine permanserit... sancimus omnimodo non concedi heredibus defuncti eandem... in servitutem deducere, sed post mortem domini sub certo modo eripiatur in libertatem. — Mas enquanto vivo podia o senhor dispor da escrava como entendesse; se o não fizesse, por sua morte ficava livre, por se presumir tal a sua vontade (L. cit. — A Nov. 78 cap. 4.º o confirma).

(507) Theod. Valent, e Leão nas LL. 12 e 14 Cod. de episcopali audient. I, 4 — Neque servum, neque liberum corpus, sit qui audeat in meretriciam vitam producere aut prostare... Si mancipium sit, quod prostat, in libertatem vindicetur.

(508) Já o dissemos supra §56.

(509) Nov. 142 Cap. 2.º; punindo-se até mais severamente quem tal crime cometesse.

(510) L. 1.ª Cod. Ne Christianum mancip. I,10; fosse o escravo Cristão ou não — Os Judeus não podiam possuir escravos Cristãos.

(511) L. 5.ª Dig. qui sine manum. XL, 8; L. 3.ª § 4.º Dig. de suis et legit. hered. XXXVIII, 16; L. 4.ª Dig. de bon. libert. XXXVIII, 2; L. 1.ª Cod. pro quib. caus. servi pro pæm. libertat. accip. VII, 13.

(512) L. un. §5.º Cod. de latin. libertat. toll. VII, 6 — qui domini funus pileati antecedunt, vel in ipso lectulo stantes cadaver ventilare videntur, si hoc ex voluntate fiat vel testatoris vel heredis, fiant illico cives Romani.

(513)L. un. §5.º Cod. cit.; V, Pothier, Pand.

(514) LL. 2 a 4 Cod. pro quib. caus. VII, 13; V. L. un. Cod. de rapt. virgin. IX, 13: L. 2.ª Cod. de fals. moneta IX, 24: L. 1.ª Cod. de desertor. XII, 45.

(515) L. 2.ª Cod. ne Christ, mancip. I, 10: L. 56 §3.º Cod. de Episcop. et Cleric. I, 3 — repetita lege jubemus, ut nullus Judœus, vel paganus, vel hæreticus, servos christianos habeat; quod si inventi in tali reatu fuerint, sancimus servos omnibus modis liberos esse secundum antiquiorem nostrarum legum temorem. In præsenti autem hoc amplius decernimus; ut si quis ex prædictis Judœis vel paganis vel hereticis habuerit servos nondum catholicæ fidei sanctissimis mysteriis imbutos, et prœdicti servi desideraverint ad orthodoxam fidem venire, postquam Catholicæ Ecclesiæ sociati fuerint, in libertatem modis omnibus ex præsenti lege eripiantur... nihil pro eorum pretiis penitus accipientibus dominis. Quod si forte post hac etiam ipsi domini eorum ad orthodoxam fidem conversi fuerint, non liceat eis ad servitutem reducere illos, qui eos ad fidem orthodoxam præcesserunt.

(516) L. 56 §3 Cod. cit. v. Quod si, etc.

(517) V. Seç. 4.ª deste Cap. 3.º — onde exporemos não só a doutrina geral, mas ainda a modificação profunda que importou o Cristianismo.

(518) Dig. de fideicom. libertat. XL, 5; Pothier, Pand. tom. 3.º pags. 618 e 644. — V. art. 6.º seguinte.

(519) Cod. de comm. serv. manum. VII, 7. — V. art. 4.º seguinte.

(520) Ulp. L. 4.ª Dig. de manum. XL, 1 — Ainda que se não declarasse expressamente nos contratos que fosse livre — *ut manumittatur* (L. cit. §6º — Sive exprimetur in contractu (velut in emptione) hoc, ut *manumittatur*, sive non exprimatur, verius est libertatem competere).

(521) L 4.ª cit. §10 — Suis autem nummis redemptus, etsi totum pretium non numeravit, ex operis tamen ipsius accesserit

aliquid, ut repleri pretium possit, vel si quid suo merito adquisierit, dicendum est libertatem competere. — Pothier, Pand. tom. 3 pag. 644 e 645.

(522) Já dissemos sobre isto. — V. Pothier, cit. 3.º pags. 645 a 648.

(523) Papin. L. 19 Dig. eod. — Si quis ab alio nummos acceperit ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest. — Era equiparado ao resgatado *suis nummis.*

(524) Dioclec. e Maximiano na L. 36 Cod. de liberal. causa VII, 16.

(525) lnst. J. §3.º de noxal. action.

(526) Era equiparado ao abandonado por enfermo ou inválido, e aos expostos (L. ult. Dig. pro derelicto; L. un. Cod. de latin. libertat. toll.; LL. 1, 2, 3 Cod. de infant. exposit.; L. 23 Cod. de Episcop. aud.; Nov. 153).

(527) L. 14 Cod. de Episcop. aud. I, 4 ac si mancipium sit quod prostat, in libertatem vindicetur.

(528) Inst. J. §§ 1.º e 2.º quib. ex caus. I, 6; L. ult. Cod. de necces. serv. hered. VI, 27. — Igualmente se *legatário*, sendo militar o senhor; não assim, se paisano (L. 30 Dig. de probat; L. l.ª Cod. de necess. serv. hered. VI, 27; Nov. 78 Cap. 4.º pr.).

(529) lnst. J. §1.º — qui testam. tutor. 1,14; L. 9.ª Cod. de fideicom. libertat. VII, 4 — Quando ao escravo próprio, adquiria logo a liberdade *diretamente*; quando ao alheio, só em forma *fidei-comissária*, isto é, se fosse ou quando fosse livre, seria tutor. — É evidente que estas disposições eram extensivas ao cargo de curador.

(530) lnst. §1.º cit. — tacite libertatem... accepisse videri.

(531) L. 4.ª §6 Cod. de bonis libert. VI, 4.

(532) V. §78 e nota 380.

(533) Padre Bremeu já cit. — V. nota 380.

(534) Port. 3.ª de 12 de Março de 1825, que não o decidiu (Col. Nab.) — Poder-se-ia suscitar igualmente a questão nos casos de *morte aparente*, e idênticos.

(535) V. §25 e notas 172 a 176. — Quanto aos filhos (Consol. cit. notas aos arts. 208 e 212 .

(536) Como já vimos; seria repugnante à comunhão de vida, e aos direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges. O Padre Bremeu no seu tantas vezes citado — Universo Jurídico — trat. 1.º tit. 7.º §6.º refere, fundado em Rebello, que tal era o *costume inveterado* no Reino de Portugal; é pois Direito Consuetudinário próprio. — Concorda o Repert. das Ord. nota b. ao verbo Filho natural do peão e de escrava sua, com Arouca e outros. — V. Provis. de 8 de Agosto de 1821 (Col. Nab. — Decisão do Inst. dos Advog. Bras, em sessão de 13 Set. e 15 Out. 1859).

(537) Fica livre e ingênuo na forma do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 §7.º, segundo a Provis. de 22 de Fevereiro de 1823 — Houve por Bem, conformando-me com a sobredita Consulta (da Mesa do Desembargo do Paço), por minha Imperial Resolução do 19 de Dezembro do ano próximo passado, determinar (como por esta determino) que fiquem gozando da liberdade em toda a sua extensão os referidos expostos de cor preta ou parda, por serem tais os direitos e privilégios da ingenuidade de que trata o referido §7.º do Alv. de 31 de Janeiro de 1775; devendo portanto entender-se em favor da sua liberdade e ingenuidade, sem quebra, míngua, ou restrição alguma, em observância e complemento do mesmo §7.º do dito Alvará. — O Aviso de 11 de Abril de 846 implicitamente o confirma. Repert. Dr. Furtado.

(538) L. de 24 de Dezembro de 1734.

(539) Lei cit. de 1734.

(540) Ord. de 9 de Abril de 1809 (Col. Nab.; Repert. do Dr. Furtado v. Escravos).

(541) Prov. de 27 de Nov. de 1779.

(542) Assim o dá a entender a Provis. 1.ª de 15 de Dezembro de 1823 (Col. Nab.), bem que não o decidisse terminantemente. — Mas o Dir. Rom. subsidiário resolve a questão; sem que a confundamos com a do escravo que é reputado do *evento*, sujeito como escravo ao disposto no Reg. de 15 de Junho de 1859, que no art. 93 apenas lhe dá o direito de ser preferido na arrematação o lanço para a liberdade, segundo a avaliação, ainda que inferior a algum outro para que continue escravo.

(543) O Direito Internacional privado, por exceção à regra geral sobre o *estatuto pessoal*, tem consignado o princípio de que, se um escravo chega a país onde a escravidão nao é tolerada, ele fica desde logo livre; e conseguintemente que, como livre deve ser reconhecido em qualquer outro (V. Fœlix, Droit International Privé, comentado por Demangeat — Paris 1856); o que era aceito em Portugal (Padre Bremeu, Univ. Jurid. Trat. 1.º tit. 7 §6.º pag. 27). — Entre nós, a L. de 7 de Novembro de 1831 implicitamente o consigna, como explicou o Aviso n.º 188 de 20 de Maio de 1856. E contra a infração até se tomaram as medidas policiais constantes do Av. de 9 de Maio de 1835 (V. arts. 82, 83 e 84 do Reg. n.º 120 de 31 de Janeiro de 1842), proibindo desembarcar ou residir em qualquer província do Império pessoa de *cor*, vinda de fora, sem que conste do passaporte sua *ingenuidade*, abonada pelo Cônsul ou Encarregado de Negócios Brasileiro. — Os Alv. de 19 de Setembro de 1761 e 16 de Janeiro de 1773, explicados pelos Avisos de 7 de Janeiro de 1767 e 22 de Fevereiro de 1776, e o

Alv. de 10 de Março de 1800 declararam livres os pretos e pardos que chegassem aPortugal, exceto os fugidos do Ultramar ou empregados como marinheiros. — Em artigo separado da Convenção para a restituição de Caiena aos Franceses se ajustou, em 28 de Agosto de 1817, a extradição recíproca dos escravos. — Modernamente está em vigor o art. 6.º do Trat. de 12 de Outubro de 1851 entre o Brasil e Montevidéu, explicado pelas notas reversais de 20 de Julho e 10 de Setembro de 1858, sobre o modo de se efetuar a devolução, e sobre os casos em que esta deva ter lugar. Pelo art. 6.º do cit. Trat. a entrega só podia ter lugar no caso de *fuga* (Relat. de Estrang. de 1859 — Conselheiro Paranhos); mas pelas notas reversais aditaram-se os dois seguintes: o de transpor o escravo fortuitamente, e com permissão do senhor a fronteira, por ex., em seguimento de algum animal que, disparando, passar para o Estado Oriental; o de transpor a fronteira de ordem do senhor, em serviço ocasional e momentâneo, ou entrar no território da República em ato de serviço contínuo, quando as fazendas ou estâncias abrangerem terreno de ambos os países. Estas deveram sua origem ao procedimento do Presidente do Rio Grande do Sul, que suscitou reclamações (Relat. de Estrang. de 1857), que foram assim resolvidas. Ficou, portanto, acordado: 1.º que só nesses três casos deixará o escravo de ser reputado livre; 2.º que a entrega só poderá ter lugar por via de extradição: punindo-se quem de outro modo proceder; 3.º que, à exceção desses casos únicos, todos os mais serão livres desde que pisem o território da República: e livres se devem reputar no Brasil, se a este voltarem; podendo até a Legação da República ou algum dos Consulados reclamar a favor dessas pessoas assim libertas, mesmo a manutenção da liberdade conforme as leis do Império (V. Relat. de Estrang. de 1852, e o já cit. de 1859). — Semelhantemente com o Peru (Trat. de 23 de Out. de 1851 art. 5.º, e notas reversais de 6 de Out. e 10 de Nov. de 1854); e com a Confederação Argentina (Trat. de 14 de Dezembro de 1857 art. 6.º). — A Relação desta Corte decidiu em 1861 de diverso

modo, e portanto contraditoriamente, sobre a mesma hipótese nos dois processos 8940 e 8669, vindos o 1.º de Jaguarão, Escrivão Botelho, Apelantes Symphronia Olympia e seus filhos, Apelada D. Lizarda Soares da Cunha, e o 2.º do Rio Grande, mesmo Escrivão, Apelante Francisco de Assis Silva, Apelada a preta Joanna Maria do Rosario. Mas na causa n.º 10675 por Acc. de 15 de Setembro de 1865 confirmou a sentença do Juiz Municipal da 3.º Vara desta Corte, a favor da parda Brenda, contra o Apelante João Ignacio Teixeira de Magalhães; sendo digno de notar-se que esta parda tinha ido a Montevidéu como *alugada*; a Relação manteve a liberdade, obrigando o locatário a indenizar o senhor; decisão sustentada pelo Supremo Tribunal de Justiça em Acc. de 4 de Julho de 1866 na causa n.º6907. *Et recte*. — O mesmo Supremo Tribunal de Justiça, reprovando as decisões proferidas no cit. proc. n.º8940, firmou os verdadeiros princípios no luminoso Acórdão de 25 de Abril de 1863 em o proc. n.º 6326 — seguinte — Vistos, expostos e relatados estes autos de revista cível entre Partes, Recorrentes Symphronia Olympia e seus filhos, e Recorrida D. Lizarda Soares da Cunha, concedem a revista pedida por injustiça notória dos Acordãos fl. 112 v. e fl. 139, que confirmando a sentença de fl. 62 julgaram contra Direito expresso, qual o estatuído no art. 1.º da Carta de Lei de 7 de Novembro de 1831, pois que, ou nascesse a Recorrente no porto de Montevidéu, em cuja matriz fora batizada, segundo o documento fl. 6, ou no alto mar, como pretende a Recorrida, é fora de dúvida que a sua introdução no Brasil, visto que nascera em 1837, foi muito posterior à cit. L. de 1831, que declara livres todos os escravos que entrarem no território ou portos do Império, vindos de fora; disposição esta que não podia deixar de ser aplicada às Recorrentes, fossem quais fossem os motivos que compeliram a Recorrida a deixar a província de sua residência, uma vez que se não verifica nenhuma das duas exceções que a limitam. — Assinaram vencedores do Acórdao Barão de Pirapama, Siqueira, Veiga, C. França, Pautoja, Pinto Chichorro, Leão, e Silva Tavares;

vencidos Brito, Marianni, Simões da Silva; presidiu o Barão de Monserrate. — A respeito do caso de fuga, cumpre consignar que, por exceção a bem da liberdade, a prescrição de 30 anos aproveita ao escravo fugido, como já dissemos, e veremos adiante; aos filhos, porém, aproveita a quinqüenal.

(544) v. Seção 4.ª deste Cap. 3.º — A prescrição é instituição exclusiva da lei positiva.

(545) É escusado repelir o que foi dito; sempre que for possível salvar e manter as liberdades, deve-se fazer — *ne depereant libertates*, como dizia o grande Jurisconsulto Romano Ulpiano. — A respeito dos *caticos*, também haviam providências na legislação Romana; e a nossa consigna inúmeras, de cuja menção prescindimos por não terem hoje senão interesse histórico, reservando-nos dizer em outra Parte desta Obra. — Mas é por demais digna de nota a disposição da Const. de Honorio e Theodosio na L. 20 Cod. De postlim. revers. et redempt. VIII, 51 para que fique em silêncio; reconhecendo justo que o cativo resgatado indenize a quem o resgata, todavia deixa-lhe a faculdade de pagar ou em dinheiro, ou com seus serviços por espaço não excedente de *cinco* anos (aliás *três* anos, nota Gothofr.) — A Relação desta Corte em Acc. de 15 de Setembro de 1865, proc. n.º 10621 Apelante a parda Maria, e Apelada Rosa Maria das Dores, de Porto Alegre, assim o decidiu unanimimente em hipótese semelhante, entendendo que, vendida, apesar de liberta em testamento, por estar a herança onerada de dívidas, e havendo ela servido mais de 11 anos, tinha de sobejo pago o seu valor, devendo-se portanto sustentar a sua liberdade pelo resgate com os seus serviços. — Aquela disposição da Lei Romana deve ser recebida, e aplicada às alforrias a título oneroso, quando alguém fornece os meios para ser indenizado; e vai de acordo com o que já dissemos em vários lugares: assim como a outros casos, quando o liberto não pode dar dinheiro; pague com os seus serviços por tempo determinado a juízo de bom varão, não excedente de três ou

cinco anos.

(546) Prov. de 23 de Outubro de 1823, 16 de Setembro de 1824, Resol. de 2l de Janeiro de 1828 (Col. Nab.; Repert. Dr. Furtado).

(547) Av. 2.º do 17 do Março, e 29 de Julho de 1830 (Col. Nab.)

(548) Av. 3.º de 15 de Dezembro de 1831 (Col. Nab.; Repert. Dr. Furtado).

(549) Aviso de 13 de Marco do 1843 — no *Jornal do Commercio* n.º119.

(550) Av. de 22 de Agosto, 16 de Setembro, 22 de Outubro, 18 de Novembro de 1831 (Col. Nab.) — Av. de 27 de Janeiro de 1847. — V. Repert. Furtado v. *escravos, liberdade.*

(551) Ainda ultimamente, a 14 da Ordem de S. Bento, para assentarem praça no exército e servirem na guerra contra o Paraguai, foi declarado pelo Governo que se podia conferir. — A Ordem dos Beneditinos em Capítulo Geral de 3 de Maio de 1866 declarou livres todos os filhos das suas escravas, que nascessem desse dia em diante.

(552) Arg. da L. de 21 de Outubro de 1843; Av. de 31 de Outubro de 1846 — *Gazeta Oficial* n.º 37 Vol. 1.º; Ord. de 30 de Outubro de 1847; Av.7 Novembro de 1849; — e muitos outros, sobretudo nestes últimos anos. — O Of. do 1.º e Av. de 4 de Agosto de 1865 deferiu a favor de um que a pediu para si, mulher e filhos (*Diário Oficial* de 17 e 27 do mesmo). — A avaliação faz-se administrativamente (Ord. n.º 160 de 1847, Av. de 24 de Outubro de 1864; Of. de 19 de Dezembro de 1864). Gratuitamente só a pode conferir a Assembléia Geral; a Resol. n.º 30 de ll de Agosto de 1837 fornece exemplo.

(553) Res. n.º 30 de 11 de Agosto de 1837 art. 1.º in fine, — gratuitamente. — Pela mesma foi o tutor de S. M. Imperial e Altezas autorizado a concedê-la a outros por dinheiro, e converter em apólices.

(554) Av. de 19 de Novembro de 1838 (*Jornal* n.º 73), Dec. n.º 427 de 26 de Julho de 1845, L. n.º 514 de 28 de Outubro de 1848 art. 6.º §26. — A indenização foi arbitrada, não podendo exceder de 400$000 por cada escravo (Dec. cit.).

(555) Const. do Imp. art. 179 §22; LL. de 9 de Setembro de 1826, n.º 353 de 12 de Julho de 1845.

(556) Mais de espaço trataremos desta e das seguintes questões na Parte 3.ª desta Obra, em que examinaremos o magno problema da abolição da escravidão no Brasil.

(557) Pelo que deixámos exposto acima, sobre alguns casos expressos em nosso Direito, e na legislação subsidiária, parece-nos fora de dúvida a doutrina. — Contestá-la é negar a verdade reconhecida por tal, é querer desconhecer os princípios mais sãos e salutares em semelhante matéria; para esses não há argumentos que convençam; e as Sagradas Escrituras já o haviam declarado — *é o cego que não quer ver, o surdo que não quer ouvir.*

(558) Como decidiu e mui profundamente o disse Lord Mansfield — *fora da lei positiva não é possível conceber a escravidão.*

(559) Ulp. Reg. tit. 1.º §18; Inst. J. §4.º de donation. II, 7 — Erat olim et alius modus civilis adquisitionis per jus aderescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio aderescebat.

(560) Várias Constituições de Severo, de Antonino Pio, e opiniões de Paulo, Ulpiano, Juliano, Marcello, e mesmo de um Jurisconsulto antigo Sexto-Elio que dizia — socium per prætorem compelli suam partem vendere quatenus liber servus efficiatur —, tudo referido por Justiniano na L. 1.ª pr. Cod. de Comm. serv. manum. VII, 7.

(561) Inst. J. §4.º de donation. II,7; L. 1.ª §§ 1.º e 7.º Cod. de Comm. serv. manum. VII, 7 — in omnibus communibus famulis sive inter vivos, sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat: necessitatem habente socio vendere partem suam quantam in servo possidet, sive dimidiam, sive tertiam, sive quantamcumque. — Jus autem adcrescendi, quod antiqua jura in communibus servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti, nec in posterum frequentari penitus concedimus.

(562) L. 2.ª Cod. de comm. serv. manum. VII, 7 — Fiat itaque liber, ex parte quidem testatoris, secundum ejus voluntatem; ex altera autem parte, ex nostra definitione, pretio secundum pr&selig;sictæ constitutionis tenorem, vel socio vel sociis ab herede præstando, vel si accipere noluerint, tam eam offerendo, quam consignando, et periculo eorum deponendo; cum satis abundeque imperiale est humaniorem sententiam pro durioribus sequi.

(563) A Provis. de 20 de Outubro do1823 (Col. Nab.) implicitamente o admite, quando mandou proteger a defesa de uma liberta, a quem um co-herdeiro se opunha que o fosse pelos outros, obrigando-o a receber a quota depositada do valor da mesmacorrespondente ao quinhão do herdeiro dissidente. Todavia o Aviso n. 388 de 21 de Dezembro de 1855, sobre Consulta do Conselho de Estado de 18 de Março de 1854, parece, em caso semelhante, decidir o contrário, quando sujeita o escravo a concorrer em praça para sua liberdade, se a ela for submetido; não obstante Provisões antigas da Mesa de

Consciência e Ordens, e a praxe constante de julgar (Direito Consuetudinário) atestada no parecer do Procurador da Coroa, e opinião dedistintos magistrados, tudo constante da mesma Consulta, que lhe dão o direito de excluir concorrentes, apresentando a importância da avaliação. Esse Aviso, porém, não foi bem recebido, nem se tem geralmente cumprido. Já o Padre Bremeu, escrevendo em 1749, dava como certa aquela doutrina acima exposta, dizendo que nisto haviam dois favores à liberdade contra as regras gerais de Direito, ser o condômino coagido a vender, e bastar para este fim a vontade de um sem atenção à importância da quota que tivesse no escravo (Univ. Jurid. Trat. 1.º tit. 4.º §2.º). O Av. n. 480 de 17 de Outubro de 1862 decidiu que a disposição do art. 93 do Decr. de 15 de Junho de 1859 não é extensiva ao escravo pertencente a heranças arrecadadas como de ausentes e defuntos; e assim parece confirmar a doutrina do outro já cit. Av. de 1855. — V. Consol. das Leis, 2.º ed. notas aos arts. 63 e 1131.

(564) Partus sequitur ventre. — O Padre Bremeu (lug. cit.) entende que os filhos são escravos. Mas evidentemente é isto contrário ao princípio regulador do estado e condição dos filhos, por já não ser escravo o ventre; e contra os favores dispensados a bem da liberdade (V. o art. 7.º seguinte).

(565) Ulp. Reg. tit. 1.º §19: L. 9 §20 Dig. de hered. instit. XXVIII,5; L. 23 Dig. de liberal. caus.

(566) L. 1.ª pr. Cod. Com. de manum. VII, 15 — Sin autem usufructuarius tantummodo libertatem imposuerit, siquidem hoc modo ut cedat usumfructum proprietario, plenissimum jus habeat in servoproprietarius... sin vero gratias agendo usufructuarius cum ab usufructu liberavarit, et libertate donaverit, tunc maneat quidem servus proprietario suo annexus; sed non neccessitas ei imponatur, donec vivit usufructuarius, vel ususfructus constare potest, observare proprietarium, et quædam ministeria ei adimplere, sed judices nostri eum in quiete

tueantur. Post usufructuarii autem mortem, vel ususfructus quocumque modo interemptionem, tunc serviat quidem domino, et omnia quæ in medio ad cum pervenerit, hæc suo domino acquirat.

(567) L. 1.ª pr. Cod eod — Sin autem proprietarius solus libertatem imposuerit, usufructario minime consentiente, sit quidem ille, qui libertatem a proprietario accepit, inter libertos proprietarii connumeratus: et si quid in medio possidet, hoc sibi acquirat, sibique habeat, et suæ posteritati relinquat salvo patronatus jure... Ipse tamen libertus quasi servus apud usufructuarium permaneat, donec usufructuarius vivit, vel ususfructus legitimo modo peremptus est. — Gothofredo explicando esta Lei diz o seguinte — Servus manumissus a proprietario, fit liber et tamen servit usufructuario... servit *ut liber* (L. 11 de ingen. VII, 14). Multum differunt servum esse et servire; illud juris est, hoc facti.

(568) L. 15 Dig. quib. mod. ususfruct.; L. 6.ª Dig. de manum. testam.; L. 1.ª pr. Cod. Comm. de manum. — Si tam proprietarius quam usufructuarius libertatem ei consentientes imposuerint, pleno jure liberum eum effici; et si quid postea sibi acquisierit, hoc in bonis suis habere.

(569) Os filhos das escravas não pertencem ao usufrutuário e sim ao proprietário (§37 Inst. de rer. divis.). — Conseguintemente, sendo o ventre ainda escravo, o fato do usufrutuário de consentir que lhe não preste serviços não pode prejudicar os direitos do nu proprietário. Ao contrário, pertencendo os filhos ao proprietário, o fato deste libertando o ventre, importa a liberdade e ingenuidade dos filhos supervenientes, mesmo enquanto dura o usufruto.

(570) Nov. 108 cap. l.º — et licentiam habere eum sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit. — Favor que se estendia, em bem da liberdade, a outros casos em que essa

ampla faculdade não se dava. (Nov. cit. in fine — Si vero et in captivorum redemptionem (hanc enim excipimus, et dicamus Deo causam) et hoc licentiam eum habere facere et minuere etiam quartam pietatis ratione: quod enim nobis pretiosius videtur).

(571) Ord. L. 4.º tit. 97 §§ 14 e 15 — A obrigação de conferir, só para o fim cspecialíssimo de igualar os quinhões dos descendentes herdeiros forçados, não impede *alienar*; conseguintemente dar *alforria* aos escravos. O herdeiro que o fizer, entrará com o *valor* nas partilhas. — Não há contradição no que vimos de dizer com o que deixamos dito acima relativamente à colação dos filhos das escravas havidos antes do falecimento dos pais do donatário (V. §71 e notas).

(572) V. art. 6.º desta Seção 3.ª cap. 3º

(573) *Condição* aqui é sinônimo de *evento incerto e futuro,* de que depende um direito ou obrigação (V. Pothier, Obrigações traduzido e anotado por Corrêa Telles).

(574) Pothier cit; Savigny Dir. Rom. tom. 3.º §§116 a 126. — *Casual* é a que depende inteiramente da sorte, da natureza, é alheia à vontade humana; *potestativa* a que depende do homem, da sua vontade; *mista* a que participa de ambas. *Afirmativa ou positiva* a que se refere à existência de um fato ou ato; *negativa* à não existência dele. — Muitas outras divisões se podem ainda fazer; seria alheio do nosso propósito (V. porém Pothier, Obrigações).

(375) É aquela que adia ou dilata apenas a aquisição ou exercício de um direito, que assim fica dependente da condição.

(576) Art. 7.º desta Seção 3.ª Cap. 3.º

(577) É aquela que extingue o direito ou obrigação.

(578) Seria contrário ao axioma — *Libertas semel data non revocatur* — V. Pothier, Pand.

(579) *Prazo* ou *termo* é o tempo ou época de que depende o direito ou obrigação, ou que o resolve ou extingue. Pode ser *a quo* (in diem ou ex die), isto é, aquele *desde o qual* a obrigação tem sua existência; *ad quem* (ad diem) aquele *até o qual* ela dura. O primeiro transforma-se quando *incerto* em condição suspensiva; o segundo tem a natureza de *resolutiva*. — V. Pothier, Obrig. cit.; Savigny Dir. Rom. cit. tom, 3.º §§125 a 127.

(580) V. g. se esse *termo* era tão retardado que não fosse de esperar que o escravo ainda então fosse vivo: tinha-se por nula a disposição, e conseguintemente por não conferida a liberdade (V. abaixo notas 589, 590.)

(581) V. art. 7.º desia Seç. 3.º Cap. 3.º

(582) Paulo LL. 33 e 34 Dig.de manum. testam. XL, 4. — Libertas ad tempus dari non potest. — Ideoque, si ita scriptum sit — Stichus usque ad annos decem liber esto —, temporis adjectio supervacua est.

(583) V. Savigny já cit. tom. 3.º §§128 e 129; Pothier, Pand. L. 35 tom. 3.º pag. 316.

(584) Modestino L. 44 Dig. de manum. testam.; Paulo L. 52 eod. — Modal se deve entender a alforria com obrigação de prestar o liberto serviços ao senhor ou à pessoa por este designada; o que é freqüente entre nós.

(585) Seria enfadonho e quase impossível enumerá-las todas. Temos já apontado não poucas, e ainda o faremos de outras mais usuais.

(586) É de intuição a doutrina; aliás consignada expressamente

em muitos textos de Direito. — A conseqüência geral é que tais cláusulas seriam nulas, subsistindo porém a disposição e portanto as liberdades, desde que fosse verificada a intenção de as conferir (animus dandæ libertatis).

(587) Aquela que não pode existir, quer *naturalmente,* quer *legalmente.*

(588) Nos *contratos,* a condição *impossível* anula o ato (L. 31 Dig. de obligat. et act. XLIV, 7). Nas *disposições de última vontade,* porém, subsistem estas, e tem-se por nula ou não escrita a condição (Ulp. L. 3.ª Dig. de condit. et demonstr. XXXV, 1). — Esta última regra é a que se aplica em geral às manumissões, decidindo-se sempre em caso de dúvida a favor da liberdade, ainda quando consistam *in faciendo*, resolvendo-se algumas em *modo* (Modest. L. 26 §1.º Dig. da Statulib.;- Scevola L 41 §16 Dig. de fidei-com. libertat.; Julian. L. 13 §4.º Dig. de Statulib.; Papin. L. 72 §7.º Dig. de condit. et demonst.; Ulp. L. 6 Dig. de condit. instit. — V. Pothier Pand L. 35 tom. 3.º pag. 264 n.º 22 e seguintes; pag. 642 nota 3).

(589) V. g. quando dizia — *Concedo a liberdade ao meu escravo F..., se ele der um milhão* — ou — *quando ele morrer, será livre* — Paulo L. 4.ª §1.º Dig. de statul. XL, 7; L. 6.ª de condit. instit. XXVI, 7 — Sic enim libertas inutiliter datur;.....quia nec *animus dandœ libertatis* est.

(590) Arg. da L. 1.ª §1.º Dig. de condit. et demonstr., da L. 6.ª Dig. de condit. inst.; da Nov. 22 cap. 44. — Se um Lucullo quisesse, poderia dar o milhão, e o escravo seria livre (Savigny, Dir. Rom. tom. 3.º §124 nota *h*). — Em geral, desde que se possa depreender que havia *intenção* no senhor de libertar efetivamente — *animus dandœ libertatis.*

(591) Pothier Pand. L. 33 tom. 3.º pags. 323 e 327 — Gaio L. 17 Dig. de condit. et demonstr. XXXV, 1 — A *demonstratio*

refere-se a qualidades ou fatos não substanciais, podendo mesmo ser pretéritos; a *causa* é o motivo ou razão da disposição. — A *determinatio*, porém, designa a cousa *certa,* e refere-se à substancia; a falsidade pode aqui prejudicar a disposição (Pothier cit. n.º 228).

(592) V. §97 n.º 9, e notas 528, 529 e 530.

(593) Quanto à cláusula *si non nupserit*, não há dúvida por ser até essa a regra geral (Papin. L. 72 §5 Dig. de condit. et demonstr.; Meciano L. 63 §1.º Dig. ad S. C. Trebell.) Quanto à outra *si nupserit*, conquanto o Dir. Rom, em alguns casos a julgasse válida em geral, todavia, em bem da liberdade, o seu não implemento não prejudicava a manumissão (Marcian. L. 51 §12 Dig. de fidei-com. libertat., Nov. 123 cap. 37).

(594) Modestino L. 53 Dig. de condit. et demonstr.; Ulp. L. 3 §9 Dig. de adim. leg.; Paulo L. 6 Dig., quando dies legator. — Bem entendido, que na segunda hipótese, o bemfeitor só o pode fazer quando em tempo hábil.

(595) Ulp. L. 3 §§ 1.º e 2.º Dig. de Statulib. XL, 7.

(596) Por subscrição (o que é frequento enlre nós), por adiantamento de terceiro, etc.

(597} À semelhança do *resgate,* de que já tratamos. (V. nota 545).

(598) Justiniano, decidindo a divergência de opiniões dos Jurisconsultos, resolveu a favor da liberdade na L. 7.ª Cod. de condit. insert. VI, 46 — Ex quacumque igitur causa impediatur, sive per heredem, sive per eum cui dare aliquid jussus est, sive per fortuitos casus, in libertatem quidem ipse omnimodo perveniat, nisi ipse servus noluerit adimplere conditionem.

(599) A simples promessa não obriga o senhor (L. 36 Cod. de

liberali causa —). O Dir. Rom. na L. 3.ª §5.º Dig. de statulib. ia mais longe; porque dispunha que o escravo, ainda que desse parte, não era livre senão quando desse tudo — si decem jussus dare, et liber esse, quinque det, non pervenit ad libertatem nisi totum det.

(600) Se o ato é perfeito e acabado nos termos da Ord. L. 4.º tit. 2.º, há só direito a haver o preço todo ou o restante (pr. e §3.º; arg. do Alv. de 4 de Setembro de 1810); mas a liberdade é adquirida, ou seja pela regra mencionada, ou por se dever considerá-la em tal caso apenas *modal,*

(601) Regra aplicável à alforria, como vimos (nota 599).

(602) Tal é o estilo entre nós. Se da simples promessa não resulta obrigação perfeita, e ação direta, em geral, dá todavia direito a pedir indenização a quem a fez e pelo não cumprimento causou prejuízo. — Ora, em relação ao escravo, a indenização não pode ser outra senão a própria alforria prometida; modificada assim aquela regra geral, como tantas outras o são, por favor à liberdade.

(603) V. arts, 6.º e 7.º seguintes.

(604) Livro XL, tit. 5.º — V. Pothier Pand. Liv. 40 tom. 3.º pags. 618 a 640; Consol. das Leis Bras, nota ao art. 1131.

(605) O escravo liberto diretamente pelo testador era *orcinus*; portanto sem patrono. O outro, não (Gaio, Com. 2.º § 263 e seguintes; Ulp. Reg. tit. II §8.º; Inst. J. §2.º de singul. reb. II, 24) Qui autem ex fidei-commissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directo testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *orcinus* apellatur.

(606) Ulp. L. 45, §2.º Dig. de fidei-com. libertat. XL. 5 —

Neque alienatione, neque usucapione extingui possit; ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fidei-commissaria libertas relicta est, cogi eum manumittere, et ita sæpissime constitutum — eum sua causa alienatur.

(607) Modest. L. 13 eod. — Nullo modo deteriorem ejus servi conditionem facere potest..... redimere illum cogitur et redimere; interest enim nonnunquam a sene potius manumitti quam a juvene. — Já o haviam decretado Adriano e Antonino Pio.

(608) Pompon. L. 20 eod; Ulp. L. 26 eod — ne contra voluntatem defuncti durior ejus conditio constituatur.

(609) Ulp. L. 24 § 7.º Dig. de fidei-com. libertat.; L. 25 §8.º eod; Marcello L. 10 eod; Papin. L. 21 eod; Modestin. L. 12 eod — Non tantum enim verba fidei-commissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fidei-commissariam. Sed quum ex præsumptione libertas præstita videtur, heredis est contrariam voluntatem testatoris probare (L. 23 §8.º cit.) — Secundum hæc igitur, si quoquo modo vendere tentaverit servum, confestim peti poterit libertas (L. 10 Dig. cit.) — Ainda que a alienação não fosse voluntária, e sim necessária (L. 21 Dig. cit. — Idem probandum est, et si non voluntaria alienatio ab herede facta est. Nec refragabitur quod non per ipsum alienatio facta est: fuit enim quasi statuliber...); determinação de Antonino na L.12 Dig. cit.

(610) Paulo L. 33 §2.º Dig. de fidei-comm. libertat. — ne intercidat libertas.

(611) S. C. Rubriano, do tempo de Trajano (Ulp. L. 26 §7.º eod; Paulo L. 33 §1.º eod).

(612) S. C. Dasumiano, do mesmo tempo (L. 31 sect;§ 4.º e 6.º Dig. eod; L. 30 §§ 9.º, 10, 11 e 12 eod; L. 30 eod).

(613) S. C. Vitrusiano, do tempo de Adriano ou Antonino (Ulp. L. 30 §6º Dig. eod).

(614) De Antonino Pio (L. 30 §§ 5.º, 7.º e 8.º Dig. eod.)

(615) De Antonino (Marciano L. 42 Dig. eod).

(616) De Marco Aurelio e Nero (Ulp. L. 30 §3.º Dig. eod.)

(617) De Marco Aurelio (Ulp. L. 37 Dig. eod — Neque humanum fuerit ob rei pecuniariæ quæstionem libertati moram dari).

(618) De Septimio Severo (Ulp. L. 46 §3.º Dig. eod).

(619) L. 30 §16 Dig. eod — Fidei-commissariæ libertates neque ætate, neque conditione, neque mora non præstantium, tardiusve redeuntium, corrumpi, aut in deteriorem statum perduci.

(620) Ulp. L. 30 §15 Dig. eod; arg. da L. 1.ª Cod. Commun. de manumiss.

(621) LL. 3.ª e 4.ª Cod. de fidei-com. libertat. VII, 4.

(622) L. 26 §1.º Dig. de fidei-com. libertat. — Derrogados certos princípios gerais de Direito em favor da liberdade.

(623) Lei cit.

(624) LL. 53, 54, 55 Dig. eod — Libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat. — Si quis rogatus ancillam manumittere..., si interea enixa fuerit, constitutum est hujusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. — Concorda por arg. a L. 15 Cod. de fidei-com. libertat. (de Justiniano).

(625) Inst. J. §2.º de sing. reb. per fideic. relict.; — Ortolan às

Inst. — L. 45 §2.º Dig. de fidei-com. libertat. — Quoties servo vel ancillæ; fidei-commissaria libertas relinquitur, in ea conditione est, ut quoad manumittatur, *servilis conditionis* sit.... O que foi alterado pela L. 51 §3.º Dig. eod. — Cui per fidei-commissum libertas debetur, *liberi quodammodo loco est*, et statuliberi locum obtinet.

(626) L. 15 Cod. de fidei-com. libertat. VII, 4 — habere eos libertatem quasi ab ipso testatore *directis verbis* fuerint libertatem consecuti... Gothofredo comentando esta lei diz — fidei-commissaria libertas in quasi directam mutatur: et ex *fidei-commissario* fit *orcinus* libertus.

(627) LL. 1.ª e 2.ª Cod. Com. de legat, et fideic. VI, 43; Inst. §2.º de legat. (Ortolan às Inst. pags. 649 e 651 nota). — As disposições valiam, sem atenção às palavras, e sim à mente do testador. — L. 15 Cod. de testam.; — L. 24 §8.º Dig. de fidei-com. libertat. — non tantum enim verba fideicomissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fidei-commissariam; — L. 1.ª Cod. de leg. Fus. Can. toll. servorum libertates in testamento relictas, tam *directas*, quam *fidei-commissarias*, ad exemplum irtervivos libertatum, indistincte valere censemus.

(628) À semelhança dos legados e herança; e com maior razão pelo favor à liberdade. L. 40 § 1.º Dig. de manum. testam. — nam in omnibus fere causis fidei-commissas libertates pro directo datis habendas.

(629) L. 1.ª Cod. Comm. de manumiss.

(630) L. 2.ª Dig. de usu leg.; L. 51 § 3.º Dig. de fidei-com. libertat. nec in alium transferendus est, ut aut libertas ejus impediatur, aut jura patronorum graviora experiatur. — Acc. da Rel. da Corte em 31 de Março de 1865 sustentado pelo de 10 de Nov. do mesmo na causa n.º 10418; Decisão do Inst. dos Advog. Bras, em 10 de Dezembro de 1857, na Revista do

mesmo, tomo 1.º pag. 27.

(631) Justini. L. 14 Cod. de fideic. libertat. VII, 4.

(632) L. 14 eod. cit.

(633) L. 16 eod.

(634) Statuliberi. — LL. 21 e 51 § 3.º Dig. de fideic. libertat. XL, 5; — LL. 3,10 Cod. eod. — V. art. 7.º Seç. 3.ª cap. 3.º desta Parte 1.ª

(635) Paulo L. 33 Dig. de fidei-com. libertat. XL, 5; Mæcian. L. 35 Dig. eod.; Pompon. L. 8.ª eod.

(636) Gaio Com. II §265; Inst. J. §2.º de sing. reb. II,24. — Libertas quoque servo per fidei-commissum dari potest... Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet.

(637) Gaio cit.; Ulp. Reg. II, § 11; Paulo L. 31 § 4.º Dig. de fidei-com. libertat.

(638) L. 6.ª Cod. de fideic. libertat. VII, 4; — Inst. J. §2.º de sing. reb. já cit. — Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit; non statim extinguitur fidei-commissaria libertas, sed differtur, quia possit, tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas.

(639) S. C. Junciano, do tempo de Commodo (Paulo L. 5.ª Dig. de fideic. libertat.; Ulp. L. 28 §4.º eod; Marciano L. 51 §§8.º a 10 eod — Sed si non hereditariam servum quis rogatus fuerit manumittere, sed proprium; ex S.C. Junciano post pronunciationem pervenit ad libertatem).

(640) V. Ortolan. às Inst. de Justiniano, Pothier, Pandectæ; Savigny, Dir. Rom.; Consolidação das Leis Brasileiras — 2.ª edição.

(641) L. 40 tit. 7.º — V. Pothier, Pand. L. 40 tit, 7.º tom. 3.º pags. 641 a 643 — De statuliberis.

(642) L. de 18 de Agosto de 1769, explicada pelos Estat. da Universidade de Coimbra de 28 de Agosto de 1772 (V. Comentário à lei da boa razão; e interpretação das Leis; por Corrêa Telles).

(643) Nem no foro, e na jurisprudência. A Consolidação das Leis Civis Bras. 2.ª edição a pretende introduzir — *estado livre*. — No Código da Luisiana ela foi adotada.

(644) Paul. L. 1ª Dig. de statulib. XL, 7 — Statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet.

(645) Reg. II §1.º — Qui sub testamento liber esse jussus est, statuliber appellatur.

(646) Statuliber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est. — L. 9.ª Dig. de statulib — Statuliberum medio tempore servum heredis esse, nemo est, qui ignorare debeat.

(647) Pomponio L. 29 Dig. eod — Statuliberi a cæteris servis nostris nihilo pene differunt; et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes, vel in negotio gesto, vel contractu pertinet, ejusdem conditionis sunt statuliberi, cujos cæteri, et ideo in publicis quoque judiciis easdem pænas patiuntur, quas cæteri servi.

(648) Pompon. L. cit.

(649) L. 28 §1.º Dig. de statulib.

(650) L. 3.ª §8.º eod.

(651) L.6.ª §3.º, L. 25 Dig. eod.; — L.13 §l.º Dìg.de pignor. XX, 1.

(652) Nosæ deditio — L. 9 pr. §2.º Dig. de statulib.; — L. 14 §1.º, L. 13 Dig. de nox. act. IX, 4.

(653) Ulp. reg. tit. 2.º §3.º

(654) LL. cit.; — L. 6.ª Dig. si ex nox. causa II, 9; L. 12 §10 Dig. de captiv. XLIX, 13. — Que toma a posição de *livre* se deduz claramente da L. 51 §3.º Dig. de fideic. libertat.; em a qual equiparando o liberto fidei-comissariamente ao statuliber, se diz — *liberi quodammodo loco est.*

(655) Ulp. cit. reg. 2.ª §3.º; — L. 9 §3.º Dig. de statulib.; L. 13 Cod. (VII, 2) — Statuliber, seu alienetur ab hærede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.

(636) Ulp. L. 9 §1.º liv. 28 ad Sabin. — V. Pothier, Pand.

(657) Modestino L. 14 Dig. de quæstion. XLVIII, 18 — Statuliber in delicto repertus, non ut servus, sed ut liber puniendus.

(658) Ulp. L. 9 §l6 Dig. de pœnis XLVIII, 19.

(659) Ulp. Reg. II, 5; — L. 3 ª §§ 1.º, 7.º, 16 Dig. de statulib.

(660) Ulp. Reg. II, §6.º — Si per heredem factum sit quominus statuliber conditioni pareat, proinde fit liber atque si conditio impleta fuerit. — Aplicação apenas do Direito geral.

(661) Ulp. L. 3 § 10 Dig. de statulib. — Sane hoc jure utimur et in statulibero, ut sufficiat per eum non stare quominus conditioni pareat.

(662) Ulp. Reg. tit. 2.º §6.º

(663) Paulo, Juliano — L. 20 §3.º Dig. de statulib.; L. 4 §§ 5.º, 15, 19 e 28 eod.

(664) Javoleno — L. 39 §4 Dig. eod.

(665) L. 7.ª Cod. J. (VI, 46).

(666) L. 3.º § ult. Dig. de statulib.

(667) L. 44; Dig. de fideic. libertat.; L. 36 § 2.º eod.

(668) L. 2.ª pr. Dig. de statulib.; L. un. §7.º Cod. de latin. libertate VII, 6.

(669) Ulp. L. 16 Dig. de statulib.: — idem Reg. L. 4º — Statulibera, quidquid peperit, hoc servum heredis est.

(670) Idem — Partus sequitur ventrem. — L 3.ª Cod. de fideic. libertat. — Cum libertatem mulieribus sub conditione datam proponas, quid dubium est eos, qui ex his ante impletam eam eduntur, servos nasci?

(671) Mas que foi expressamente alterada quanto a estas, como vimos (V. nota 624).

(672) Inst. J. §2.º de libertinis I, 5 — Expressão figurada, e que se resente da ficção de *perda da liberdade,* que constituía a escravidão, e que ainda se reproduzia na questão da revogação da liberdade por ingratidão, e em outras.

(673) Ord. L. 4.º tit. 63. — E como doação parece que era antigamente sujeita à confirmação pelo Desembargo do Paço (Resol. de 11 de Julho de 1820 — Col. Nab. — Report. Furtado. V. liberdade); atribuição, de que não fala mais a L. de 22 de Setembro de 1828 (que extinguiu aquele Tribunal) em relação a

liberdades.

(674) Os escravos eram *mancipia*, como se lê nas Inst. J. §3.º de jur. person. I, 3 — qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur. — *Manumissio* est *de manu missio* (Ulp. L. 4.ª Dig. de just. et jur. I,1), ou antes de *manu dare* (Gothofr. à L. cit.; Hein. Recit. e Pand.)

(675) A palavra *alforria* vem do Árabe — al horria — (Fr. João de Souza, Vestígios da lingua arábica; Faria, Dic.); e em sentido figurado indica *dispensa de serviço*, ficar *livre de obrigações* (Morais, Dic.) — *Libertado* se lê por feito livre, *desobrigado de ônus*, na Ord. Aff. L. 2.º tit. 110.

(676) Como já o havia reconhecido o Dir. Rom., e é expresso em nossas leis (Ord. L. 4.º tit. 42, Alv. de 30 de Julho de 1609).

(677) Fora da lei positiva não é possível compreender-se a existência da escravidão (Lord Mansfield).

(678) Tomo 4.º 144, 148. — Já antes dele e depois dele outros assim o têm entendido (Hein Recit. §94; Pothier Pand.; Ortolan às Inst. de Just..

(679) Por não ser a alforria *doação* propriamente dita, é isenta de insinuação e respectivo imposto (Circ. de 16 de Out. de 1850); sendo por ato de última vontade, não é propriamente *legado*, e portanto é isenta da taxa (Ord. de 13 Nov. 1833, Av. 119 de 10 de Set. de 1847, Reg. n. 2708 de 15 de Dez. de 1860 art. 6.º §4.º); quando havida por preço ou a título oneroso, não é *compra e venda*, e conseguintemente é isenta de sisa ou imposto (Ord. cit. de 1833, Reg. n. 151 de 11 de Abril de 1842 art. 15, Reg. n.º 2699 de 28 de Nov. de 1860 art. 1.º § 1.º); nem há aí verdadeira *transferência de propriedade*, razão por que é isenta do selo proporcional (Ord. n. 2 de 1850, n. 252 de 1853, Reg. n. 2713 de 26 de Dez. de 1860 arts. 17, 20); e cessa a obrigação da

taxa anual, ainda que só obtenham a liberdade em parte, ou sejam libertos com obrigação de servir, por já não serem propriamente escravos (Ord. n.º 8 de 1846, n. 44 de 1848, Av. de 22 de Set. de 1857, n. 374 de 13 Agosto de 1863); nem, deixados livres com esta obrigação, se reputa usufruto, já não são rigorosamente escravos (Av. n. 173 de 27 de Abril de 1863 ao quesito 5.º). — Na Consolidação das Leis Civ. Bras. 2.ª edição também se consigna a idéia de que a alforria não é propriamente *doação*, e de que o *estado livre* não é verdadeiramente *escravo* (pags. 26 e 234); nem outra doutrina era de esperar da ilustração do seu autor.

(680) V. Pothier, Obrig.

(681) LL. 4.ª 5.ª Dig. quando dies legati; — Polhier cit.

(682) Cod. da Prússia arts. 161, 162, 485. — E nesta conformidade distintos Jurisconsultos nossos (Mello Freire, Dir. Civ. L. 3.º tit. 5.º § 32, tit. 6.º §13; Lobão a Mello cit.; Coelho da rocha, Dir. Civ. 3§§ 698 a 710) — Reprovada, portanto, aquela regra de Direito Romano por contrária à boa razão, e fundada em sutilezas.

(683) V. notas 654, 659 e seguintes.

(684) À semelhança dos contratos, e mesmo dos legados segundo a doutrina exposta (V. Savigny cit.)

(685) Refiro-me à legislação anterior ao estado atual de cousas no Sul da União. — A escravidão acha-se extinta hoje; e as questões atuais são de outra ordem.

(686) Cod. cit. art. 193.

(687) Idem art. 196.

(688) Idem art. 194.

(689) Reprovada, portanto, a regra do Dir. Rom. — servus heredis est —, aliás seguida por alguns escritores Portugueses antigos (V. Padre Bremeu, Univ. Jurid, trat. l.º tit. 4.º §3.º pag. 9) — Este mesmo escritor defende a escravidão como pemitida por Dir. Nat., e até o comércio de escravos da África! não admira, pois, que lhe não repugne adotar certos princípios, hoje inaceitáveis.

(690) Arg. (por maioria de razão) da L. 1.ª Cod. Comm. de manumiss.; — Cod. da Luisiana art. 193.

(691) Cod. Crim. art. 179 — Não obstam as palavras da lei — *que esteja em posse da liberdade* —; porque, não designando a espécie de posse, nem condições dela, admite não só a *natural*. mas a *civil* e *ficta*. — ora, o statuliber tem não só esta, mas ainda a natural, por lhe ser inerente a liberdade, à semelhança da posse que passa para os herdeiros com efeitos de natural, e de outros casos de Direito.

(692) E já não o senhor subsidiariamente, visto como deixou de tê-lo: o contrário era ficção Romana (V. Cap. 2.º §9.º e nota 89 desta Parte 1.ª).

(693) O que o próprio Dir. Rom, já havia decidido quanto aos filhos das escravas libertas fideicomissariamente (V. nota 624); sendo que uma e outra espécie, embora em tese distintas, muitas vezes se confundiam, e os princípios cardiais eram então os mesmos (V. L. 21 Dig. de fideic. libertat., que os equipara — fuit enim quasi statuliber — ; notas 623 e 654). — V. Revista do Inst. dos Advog. Bras. tom. l.º pag. 27; — Dr. Caetano Alberto Soares em um artigo públicado no *Correio Mercantil* n.º 305 de 1857, e reproduzido na Revista Jurídica redigida pelos Drs. Silva Costa e Rodrigues 1863 pag. 150; — e nota 468 supra *in fine*. — O ilustre autor da Consol. das Leis Civ. Bras, opinou em algum tempo que os filhos eram *escravos* (V. Correio Mercantil n. 289 de 22 de Out. de 1857). Na 2.ª edição

dessa sua obra, porém, modificou esta sua opinião, abandonando o texto do Dir. Rom. para seguir o Cod. da Luis. art. 196, que os declara *livres*, embora para o tempo em que o sejam as mães.

(694) O Dir. Rom. Novo já o havia reconhecido mesmo para o caso do liberto que todavia estivesse em usufruto a alguém (L. 1.ª Cod. Comm. de manum.) V. nota 625.

(695) Ord. L. 4.º tit. 63 — Jamais o herdeiro.

(696) L. 1.ª Cod. Comm. de manumiss.

(697) Ord. L. 4.º tit. 34, LL. de 13 de Set. de 1830, e 11 de Out. de 1837.

(698) Ord. L. 4.º tit. 63 §§ 5.º e 7.º

(699) L. 40 tit. 12 — De liberali causa.

(700) L. 7.º tit. 16 — eod.

(701) V. Ducaurroy — Inst. expliquées.

(702) Constantino: L. 5.ª Cod. Theod. Liv. 4.º tit. 8.º

(703) Ulp. e Gaio: — L. 1 a 6 Dig. de liberali causa; L. 1.ª Cod. VII, 16; L. 5.º Cod. eod.

(704) L. 8.ª Cod. IV, 8.

(705) L. 1ª Cod. de adsertione toll. VII, 17.

(706) Gaio, Comm. IV §§ 14, 16 e 44; — Inst. J. IV,6 §13; — Ulp. L. 7 §5 Dig. de liber. caus.

(707) L. XII tab.

(708) Ulp. L. 7ª §5 Dig. de liberal. caus. — Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet; si vero ex libertate in servitutem petatur, partes actoris sustinet qui servem suum dicit.

(709) L. 24 Dig. de manumiss. XL, 1; — L. 1.ª Cod. J. VII, 17. — Anteriormente, a decisão contra a liberdade não impedia nova demanda, e ainda uma terceira, embora entre as mesmas partes.

(710) L. 9 §1.º, L. 30 Dig. de liber. caus.; L. 29 Dig. de except. rei judic. XLIV, 2 — Commodius autem est favore libertatis, liberum quidem cum esse; compelli autem pretit sui partem viri boni arbitratu victori suo præstare.

(711) L. 4 Cod. Theod. IV, 8; — L. 42 Cod. J. VII, 16; L. 2 Cod. de libert. et eor. lib.

(712) V. Seç. 1.ª art. 7.º Cap. 3.º

(713) V. notas 746 e 747.

(714) Constantino: L. 3 Cod. de longi temp. præscrit. quæ pro libertate VII, 22 — Sola temporis longinquitate, etiam si sexaginta annorum curriculo excesserit, libertatis jure minime mutilali opportere, congruit æquitati.

(715) O Romano que caía em poder do inimigo, fingia a lei que ele morrera logo, mas livre; e, se voltava, era livre, como se nunca houvesse sofrido tal cativeiro (Lei Cornelia; direito de postliminio).

(716) L. 29 Dig. de manum. testam. XL, 4; — L. 16 § 3 Dig. qui et a quib. manum. XL, 9.

(717) LL. 1.ª e 2.ª Cod. VII, 22.

(718) L. 7 Cod. Theod. IV, 8.

(719) LL. 1.ª e 2.ª Cod. cit. — Pothier, Pand. 3.º pag. 666; Caqueray pag. 96. — De prescrição de 10 anos já havia exemplo na L. 16 §3.º Dig. qui et a quib. manum. XL, 9.

(720) v. Pothier, cit.

(721) Cod. L. VII tit. 21 — ne de statu defunctorum post quinquennium quœratur. — V. Pothier, Pand. tom. 3.º pag. 680.

(722) Cod. eod.; — L. 29 Dig. de manum. testam.; — L. 2.ª Dig. de eoll. deteg.

(723) Nov. 5.ª Cap. 2.º — penitus non inquietari, migrantes ad communem omnium (dicimus autem cœlestem) dominum, et *arripiantur in libertatem.* — Alterado assim o que haviam decretado Leão 1.º e Anthenio na L. 37 §1.º, e L. 38 Cod. I, 3.

(724) Nov. 123 Cap. 17 — E com justa razão; havia aprovação do senhor.

(725) Nov. 123 Cap. 17 cit.

(726) V. § 42 e nota 265.

(727) Dispos. Provis. art 6.º

(728) Arg. do Av. n.º 35 de 6 de Abril de 1850.

(729) V. Corrêa Teles, Aç. nota 43; Pereira e Souza, proc. civ. nota 953; — Alv. de 10 de Março de 1682, L. de 6 de Junho de 1755.

(730) Deve o Juiz de Órfãos dar-lhe Curador como *pessoa miserável* ou *quase menor* (arg. da Ord. L. l.º tit. 88 e tit. 90). — Se for réu *púbere*, deve ser *pessoalmente* citado com o seu

curador, na forma da Ord. L. 3.º tit. 1.º e tit. 63. — O próprio escravo poderia constituir procurador em qualquer caso para defesa de sua liberdade (Souza Pinto, proc. civ. Bras. §172). — O homem livre ou liberto que está na posse da sua liberdade, na *posse de estado*, pode defender-se por si pessoal e diretamente (L. l.ª Cod. de adsert. toll.)

(731) E tal é a praxe de julgar, fundada na Ord. L. 3.º tit. 41 § 9.º — Mas, caso não haja intervindo Curador nomeado pelo Juiz de Órfãos, nem *in litem* pelo Juiz da causa, e todavia tenha a decisão sido favorável à liberdade, não há motivo para se anular o processo, *ex vi* do disposto na Ord. L. 3.º tit. 41, tit. 63 e outras; essa falta só pode ser invocada a favor da liberdade, se a decisão foi contrária (V. Provis. de 20 de Set. de 1823, Av. de 13 de Março de 1845; Consol. das Leis Civ. Bras. 2.º ed. nota 2 ao art. 28). No projeto de lei de organização do Ministério Público, apresentado ao Corpo Legislativo em Maio de 1866 pelo Ministro da Justiça, Conselheiro J. T. Nabuco de Araújo, as causas de liberdade, mesmo no cível, ficam debaixo da proteção do referido Ministério e seus agentes (V. *Jornal do Commercio* de 16 de Maio de 1866.)

(732) L. 7.ª Dig. de liberali causa — Corrêa Teles, Aç. § 24, e notas 42 e 44. — Alv. de 10 de Março de 1682 §§ 2.º e 3.º, L. de 6 de Junho de 1755 § 9.º

(733) Idem.

(734) L. 3.ª Cod. de long. tempor. præscript.; — Alv. de 16 de Janeiro de 1759.

(735) Corrêa Teles, Aç. §23 diz ser a de 10 anos. — Mas nós preferimos a de 5 anos *ex vi* das Leis Romanas que a criaram, como vimos, e do que dispõe a nossa L. de 10 de Março de 1682 § 4.º v. Estando *de fato* livre o que por Direito deve ser escravo, poderá ser demandado pelo senhor por tempo de cinco

anos somente...; no fim do qual tempo se entenderá *prescrita* a ação, por não ser conveniente ao Governo Político do dito Estado do Brasil, que por mais do dito seja incerta a liberdade nos que a possuem, não devendo o descuido ou negligência fora dele aproveitar aos senhores. — O que foi adotado e firmado pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acc. de 6 de Dez. de 1862 (V. Rev. do Inst. dos Adv. Bras. tom. 2.º pag. 20).

(736) V. supra § 127 in fine.

(737) Em respeito ao princípio religioso e à unção sagrada que vem ao monge ou ao clérigo em tais condições. O religioso professo reputa-se *morto* para o século. As ordens ao clérigo imprimem *caracter*, quer dizer, ligam pelo sacramento perpetuamente o individuo à Igreja (Padre Monte de Araújo, Comp. de Dir. Ecl. e Teolog. Mor.)

(738) De que temos dado notícia em vários lugares. — Quanto à hipótese, assim o ensina o Padre Bremeu no seu Univ. Juríd. trat. l.º tit. 7.º §6.º pag. 27. — A doutrina, porém, não é extensiva ao *noviço,* nem ao que apenas tem *ordens menores* (idem).

(739) V. Avisos de 13 de Março de 1845 — Jornal n.º 119; Av. de 16 de Abril de 1866 — no *Diár. Of.* de 10 de Agosto.

(740) V. Av. 1.º de 18 de Nov. de 1831 — Col. Nab.; Report. Dr. Furtado.

(741) Generalização dos princípios sobre a matéria e dos exemplos referidos.

(742) Na colisão de provas de qualquer gênero, de empate na votação, etc, sempre se deve decidir a favor da liberdade, por ser a causa mais favorecida e a mais nobre.

(743) Como temos visto em muitos lugares desta Obra,

sancionado mesmo expressamente por várias decisões Romanas e pátrias.

(744) Alv. de 16 de Janeiro de 1759 — Devera mesmo obrigar-se o Juiz a recorrer ex-officio, quando a decisão fosse contrária à liberdade (V. Alv. de 10 de Março de 1682 § 3.º)

(745) Alv. cit.; Consol. das L. Civ. Bras. 2.ª ed. pag. 25.

(746) LL. 4 § 2.º, 32 Dig. de fideic. libertat.; L. 3.ª Cod. de testam. manum. VII, 2 — Libertas testamento data, addita hereditate contingit, et licet heres scriptus per in integrum restitutionem abstinuerit hereditate, tamen nihil ea res libertati obest.

(747) L. 122 Dig. de reg. jur. — Em questões de privilégios, prevalece o da *causa* sobre o das *pessoas* (L. de 22 de Maio de 1733). A causa da liberdade deve, pois, ser contemplada como superior à dos menores, e semelhantes.

(748) Decr. n. 2713 de 23 de Dezembro de 1860 art. 85 n. 18.

(749) Reg. n. 150 de 1842 art. 10 § 4, Reg. n. 413 de 1845 art. 8.º, Reg. n. 2743 de 1861 art. 3.º n. 4.

(750) V. Reg. de custas Decr. n. 1569 de 3 de Março de 1855. — Seria no entanto para desejar que a favor da liberdade fosse permitido seguirem as causas seus termos sem atenção a elas, para serem pagas a final pelo vencido, se não fosse quem defende a liberdade; ampliando-se a este caso o que já se acha disposto para outros, aliás de menor ponderação.

(751) V. Pereira e Souza, proc. civ. notas 598 e 611. — E assim já tem sido julgado na Relação desta Corte. — É mais prudente, porém, interpor, seguir e apresentar os recursos em tempo hábil, para evitar dúvidas, e a necessidade de implorar remédio ou benefício extraordinário.

(752) Ord. L. 3.º tit. 75; — arg. da Prov. de 12 de Abril de 1822 — Col. Nab. — O Direito nos fornece exemplos de sentenças que nunca se entendem passar em julgado; v. g., a de divórcio.

(753) Mas não é obrigado a servir como escravo em proveito do pretendido senhor (Arg. do Av. de 16 de Nov. de 1850; Consol. das L. Civ. Bras. 2.ª ed. pag. 249).

(754) Este depósito deve ser feito em mão particular por mais favorável à causa da liberdade (Av. de 3 de Nov. de 1783; B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 3.º §32 nota a).

(755) v. nota 730. — A Provis. de 12 de Abril de 1822 — Col. Nab. — decide sobre depósito, ações, causa julgada, em questões de liberdade.

(756) Apontaremos, além dos já referidos, os seguintes princípios;. — A confissão mesmo judicial não prejudica a liberdade (L. 36 Cod. de liber. caus.: L. 39 eod.); — devem-se dar provas, e examinar bem a questão, nas causas de liberdade e escravidão (L. 15 eod.); — contra cada um deve ser designadamente proposta ação, ainda que sejam irmãos (L. 17 cod.); a perda do título não prejudica a liberdade (L. 25 eod.); — a *cousa julgada* declarando alguém *escravo* não obsta à ação de liberdade (L. 2.ª eod.); sendo, porém, a favor da liberdade, obsta à de escravidão (LL 4 e 27 eod.; Prov. de 12 de Abril de 1822); — o herdeiro que aceita a herança não pode anular a liberdade conferida pelo defunto; entende-se confirmá-la (L. 7.ª eod); não é revogável a liberdade uma vez conferida (LL. 20, 26, 33 eod).

(757) Conseqüência da *potestas* que o senhor tinha sobre o escravo (Savigny, Dir. Rom, tom. 1.º §55).

(758) Hein. Recit. L 1.º tit. 5 §111. — *Obsequia, operæ, jura in bonis* (Ortolan às Inst. de Just.; Pothier, Pand.).

(759) L. 77 § 15, L 88 §6.º Dig. de legat. 2.º; — L. 94 Dig. de legat. 3.º; L 108 Dig. de cond. XXXV, 1.

(760) Cicero — ad familiares XIII, 23.

(761) L. 9 Dig. de obseq. XXXVII, 15.

(762) L. 5 §1 Dig. de jur. patron. XXXVII, 14; L. 6 pr. Dig. de agnosc. lib. XXV, 3; — L. 33 Dig. de bonis libert. XXXVIII, 2

(763) Como tivemos ocasião de ver anteriormente em vários casos de liberdade fideicomissária, e a cargo do comprador; sendo digno de notar-se que podia ser até *forçado*, o que é quase incrível, diz Gothofredo comentando o Dir. Rom.

(764) L. 5 § 22 Dig. de agnosc. et alend. lib. XXV, 3.

(765) L. 9 § 3 Dig. de off. procons. I, 16; L. 4 § 16 de doli mali excepto XLI, 4; L. 9 Dig. de obseq. patron.

(766) L. 4 Cod. de libert. VI, 7.

(767) L. 5 § 20 Dig. de agnosc. liber.; L. 1.ª Dig. de jur. patron.; L. 3.ª Cod. de libert.

(768) L. 9 Dig. de obseq. patron.; LL. 24 e 25 Dig. de in jus voc. II, 4.

(769) L. 10 § 12 Dig. de in jus voc.; L. 2.ª Cod. eod.; L. 8 Dig. de accusat.

(770) L. 5 §§ 18 a 21, 24 a 26 Dig. de agnosc. et alend. lib. XXV, 3; — L. 21 Dig. de jur. patron.

(771) L. 9 § 1.º Dig. de oper. libert.; L. 19 Dig. de jur. patron. — V. Hein, Recit. L. 1.º tit. 5.º §112; Vieira da Silva, Hist. do Dir. Rom. Privado pag. 92, 93.

(772) L. 6 §9 Dig. de oper. libert. XXXVIII, 1; — L. 7 §§ 6 a 9, L. 22, § 1º eod.

(773) Inst. J. pr. e §3.º de success. libert.

(774) L. 20 Dig. de jur. patron.; L. 32 Dig. de oper. libert.; L. 37 Dig. de bonis libert.; L. 4.ª Cod. de oper. libert.

(775) V. Pothier, Pand. L. 50 tit. 17 n.os 109, 110.

(776) L. 9 Dig. de oper. libert.; LL. 3, 5, 37 pr. eod.

(777) L. 29 Dig. eod.

(778) L. Julia e Papia Poppæa (L. 37 pr. Dig. de oper. libert.). — V. Hein. Pandectæ.

(779) L. 3 Cod. de bon. libert. VI, 4 (de Justiniano).

(780) De que demos notícia em outros lugares.

(781) L. 2 a 5 Dig. de natal. restitut. XL, 11; — L. 3.ª Dig. de jur. aur. annul.

(782) Além de outros casos já referidos, é de notar que o patrono os perdia se estipulava com o liberto certa soma em vez dos serviços; era entendido ter-lhe feito venda (L. Ælia Sentia — L. 6 § 1.º Dig. de jur. patron.; L. 6 pr. Cod. de oper. libert.).

(783) L. 3.ª Cod. de bon. libert. VI, 4.

(784) Gaio, Com. IV, §§ 46 e 183; L. 30 Dig. qui et a quib. manum. XL, 9; L. 70 pr. Dig. de verb. sig. L, 16 (do tempo de Augusto).

(785) L. 5 pr. Dig. de jur. patron. XXXVII, 14.

(786) L. 6 §1.º Dig. de agnosc. et alend. liber. XXV, 3.

(787) L. 1.ª Cod. Theod. de libertis IV, 10.

(788) Inst. J. L. 1.º tit. 16 §1.º; Cod. J. LL. 2, 4 de libert. VI, 7.

(789) V. Cap. 3º Seç. 1.ª art. 2.º desta Parte 1.ª

(790) L. un. Cod. de ingrat, liberis — Hein. Recit. L. 1.º tit. 3 § 83.

(791) L. 2.ª Cod. de libert. et eor. lib. VI, 7; L. ult. Cod. de revoc. donat. Vili, 56; Nov. 78 Cap. 2.º

(792) L. ult. Cod. cit.; Nov. cit.

(793) L. l.ª Cod. de libert. et eor. liber — Non est ignotum, quod ea quæ ex causa fideicommissi manumisit, ut ingratum libertum accusare non potest.

(794) L. l.ª Cod. cit. — eum id judicium extra ordinem prœbeatur ei qui (voluntate) servo suo *libertatem gratuitam* præstitit, non qui debitam restituit — Nov. 78 Cap. 2.º

(795) LL. já cit.

(796) Marciano L. 9 §1.º Dig. de manum. vind. XL, 2; Inst. J. L. 1.º tit. 6 §6.º; L. 1.ª Cod. J. VII, 1. — Pothier, Pand.

(797) A *mortis causa manumissio* não era verdadeira *doação* causa mortis, embora tenha com esta muita afinidade. Entendia-se que a liberdade assim conferida o era *a termo*, isto é, para que o liberto a gozasse quando falecesse o senhor (L. 15 Dig. de manum. XL, 1 — *in extremum tempus manumissoris vitæ*; Savigny, Dir. Rom. tom. 4.º §170). Não era pois revogável *ad nutum*, ou a arbítrio, por exceção à regra geral nas doações *causa mortis*. Nem há que admirar, quando é sabido de que

favores mesmo entre os Romanos gozava por último a liberdade; e quando não é da essência ou substância da doação *causa mortis* ser revogável a arbítrio; esta faculdade pode ser renunciada expressa ou tacitamente (L. 35 §4.º Dig. de m. e. don. XXXIX, 6; Nov. 87 pr. Cap. 1.º; Savigny cit.; Corrêa Telles Dig. Port. tom. 3.º art. 123; Coelho da Rocha, Dir. Civ. §763); — transforma-se então em *doação entre vivos,* que só por justa causa pode ser revogada. Na *mortis causa manumissio* a renúncia é tácita e legal. — Ainda mais: era tal o favor à liberdade, que, embora a doação *causa mortis* propriamente dita de um escravo fosse revogável arbitrariamente (caso em que bastava que sobreviesse a *mortis causa manumissio* para que esta preferisse, e se entendesse aquela revogada), o donatário podia libertar o escravo; o que fazia presumir aquisição perfeita da propriedade em tal caso, para salvar a liberdade (L. 39 Dig. de m. e. donat. XXXIX, 6; Savigny cit.). — Entre nós, tal é a jurisprudência dos Tribunais (Acc. de 24 de Abril de 1847 da Rel. da Corte sustentado pelos de 19 de Fev. e 21 de Out. de 1848, tudo confirmado por Acc. de 5 de Fev. de 1850 do Supremo Trib. de Just., na causa entre partes Apelantes Isabel e outros, ex-escravos de Antonio José Villas Boas, e Apelada Leopoldina Carolina Bougertimer, Escrivão Assis Araújo).

(798) Diz a Ord. cit. o seguinte: — pr... se aqueles, a que forem feitas (doações), forem ingratos contra os que lh'as fizeram, com razão podem por eles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão. E as causas são as seguintes.

§1.º A primeira causa é, se o donatário disse ao doador, quer em sua presença, quer em sua ausência, alguma grave injúria, assi como se lhe dissesse em Juízo, ou em público, perante alguns homens bons, de que o doador recebesse vergonha. E se for dúvida, se a injúria assi feita é grave ou não, fique em arbítrio do Julgador.

§2.º A segunda causa é, se o feriu com pau, pedra, ou

ferro, ou pôs as mãos nele irosamente com tenção de o injuriar e desonrar.

§3.º A terceira causa é, se o donatário tratou negócio, ou ordenou cousa, por que viesse grande perda e dano ao doador em sua fazenda, ainda que seu propósito não tivesse real efeito; porque neste caso sua má tenção deve ser havida por consumada, se para isso fez tudo o que pôde, e não ficou per ele vir a efeito.

§4.º A quarta causa é, quando o donatário per alguma maneira insidiou acerca de algum perigo e dano da pessoa do doador; assim como, se ele per si ou per outrem lhe procurasse a morte, ou perigo de seu corpo, ou estado, posto que seu propósito não tivesse efeito. como fica dito no § antecedente.

§5.º A quinta causa é, quando o donatário prometeu ao doador, por lhe fazer a doação, dar-lhe ou cumprir-lhe alguma cousa, e o não fez, nem cumpriu, como prometeu.

....

§7.º Se alguém forrar seu escravo, livrando-o de toda a servidão, e depois que for forro, cometer contra quem o forrou, alguma ingratidão pessoal em sua presença, ou em absência, quer seja verbal, quer de feito e real, poderá esse patrono revogar a liberdade, que deu a esse liberto, ereduzi-lo à escravidão, em que antes estava. E bem assim por cada uma das outras causas de ingratidão, por que o doador pode revogar a doação feita ao donatário, como dissemos acima.

§8.º E bem assi, sendo o patrono posto em cativeiro, e o liberto o não remir, sendo possante para isso, ou estando em necessidade de fome, o liberto lhe não socorrer a ela, tendo fazenda, per que o possa fazer, poderá o patrono fazer revogar a liberdade ao liberto, como ingrato, e reduzi-lo à servidão, em

que antes estava.

§9.º E se o doador, de que acima falamos, e o patrono, que por sua vontade livrou o escravo da servidão, em que era posto, não revogou em sua vida a doação feita ao donatário, ou a liberdade, que deu ao liberto, por razão da ingratidão contra ele cometida, ou não moveu em sua vida demanda em Juízo para revogar a doação ou liberdade, não poderão depois de sua morte seus herdeiros fazer tal revogação. E bem assi não poderá o doador revogar a doação ao herdeiro do donatário por causa da ingratidão pelo donatário cometida, pois a não revogou em vida do donatário, que a cometeu: Porque esta faculdade de poder revogar os benefícios por causa de ingratidão, somente é outorgada àqueles, que os benefícios deram, contra os que deles os receberam, sem passar aos herdeiros, nem contra os herdeiros de uma parte, nem de outra.

§10.º E posto que na doação feita de qualquer benefício seja posta alguma cláusula, per que o doador prometa não revogar a doação por causa da ingratidão, tal cláusula não valha cousa alguma, e sem embargo dela a doação poderá ser revogada por causa de ingratidão, segundo temos declarado: Porque, se tal cláusula valesse, provocaria os homens para facilmente caírem em crime de ingratidão.

(799) Não é esta a única em que se vê o escravo pela sua miserável condição de *cousa*, a que por ficção e arbítrio da lei é reduzido, equiparado às cousas em geral, eaos *animais*, aplicando-se-lhe as mesmas ou semelhantes disposições. É assim que se lê na Ord. L. 4.º tit 17 — *Quando os que compram escravos ou bestas, os poderão enjeitar por doenças ou manqueiras*, e em outras leis. Ainda modernissimamente na L. da Ref. Hip. de 24 de Setembro de 1864, e seu Regulamento de 28 de Abril de 1865 se denominam *crias* os filhos das escravas, e se põem em paralelo das crias dos animais! A que triste e mesquinha condição é degradado o homem pela prepotência de

seus semelhantes! Que dureza, até na expressão! — A cláusula de que trata o § ult. da Ord. cit. se deve entender sem aplicação aos casos de alforria. — Igual nulidade irroga a lei em outros contratos e cláusulas, v. g., a renúncia da lesão (Ord. L. 4 tit. 13 § 9º), a do Velleiano (Ord. L. 4.º tit. 61 § 9.º); a qual todavia não afeta as manumissões. Se a liberdade é sem preço (inæstimabilis), não há base para regular a *lesão*; seria impossível, e mesmo uma barbaridade desfazê-la por tal fundamento, quando ela pode ser validamente conferida ainda gratuitamente, por mera liberalidade,e sem declaração de motivo algum. Quanto à fiança, é expressa a cit. Ord. L. 4.º tit. 61 § 1.º (deduzida da L. 24 Cod. de S. C. Velleiano), quando permite que a mulher a preste validamente a bem da liberdade. O mesmo devemos dizer da cláusula de que trata o § ult. da Ord. L 4.º tit. 63; tanto mais, quanto está hoje reprovada nas doações propriamente tais de bens ou propriedade. Esb. do Proj. do Cod. Civ. para o império art. 2148 § 3.º.

(800) Savigny (Dir. Rom, tom. 1.º L. 2.º § 55; qualifica o *patronado* uma *instituição peculiar* do Dir. Dom., não aceita pela Europa moderna.

(801) Hein. Recit. § 111.

(802) L. 3.ª Cod. de bon. libert. VI, 4 — Esses direitos de patronado têm caído em desuso, já dizia Hein. Recit. § 113.

(803) Não obstante o Alv. de 19 de Setembro de 1761, só pelo de 16 de Janeiro de 1773 foi ela no Reino abolida definitivamente.

(804) V. porém B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 19 § 176 n.º 8.

(805) O Ass. já cit. de 1772, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, expressamente declara que os alimentos só são devidos por direito de sangue, e mais particularmente pelos

ascendentes aos descendentes, e vice-versa; e que, fora disto, entre colaterais, sobretudo ilegítimos, tal obrigação não há (Ord. L. 1º tit. 88 §11), sendo que *a benevolência não pode produzir obrigação ou efeito algum, que não seja de pura caridade.*

(806) Todavia parece que o Direito antigo o proibia (V. Mello Freire, Dir. Crim. tit. 13 § 5.º)

(807) A própria Ord. L. 4.º tit. 63 §§ 6.º e 7.º combinados admite a possibilidade de tais ajustes. Por Dir. Rom. não havia dúvida.

(808) Ord. L. 4.º tits. 28, 29, 30, 34, 42 e 70 combinados; — direito geral.

(809) Nas obrigações de *fazer,* ou *não fazer* resolve-se em indenização o não cumprimento (direito geral). V. Ord. L. 4.º tit. 70.

(810) Assim opinei como Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional em autos de inventário da finada Rachel Francisca de Bello, no Juízo Municipal da 3.ª Vara desta Corte, Escrivão França, e foi decidido em 1856 por dois despachos.

(811) Hein. Pand. L. 38 § 51; Recit. § 113.

(812) Bem entendido, se *capazes* de suceder. — Se escravo, não pode suceder (Av. de 13 de Fevereiro de 1850, de 6 de Junho de 1866).

(813) A ordem das sucessões legítimas e testamentárias, reconhecida e sancionada por nossas leis, exclui esse direito que o patrono se pretendesse entre nós arrogar sobre a herança do liberto. Nem as Ordenações que tratam da instituição forçada e da deserdação compreendem o caso de tal sucessão. Tão pouco o tem admitido a Jurisprudência, firmando assim praticamente (a melhor intérprete das leis) a verdadeira inteligência; e com

tanto maior razão, quanto se não pode dizer *caso omisso* em nosso Direito para se recorrer ao subsidiário, que aliás só seria admissível quando conforme à boa razão, nos termos da L. de 18 de Agosto de 1769; o que se não verifica.

(814) No Dic. Juríd. de Pereira e Souza lê-se o seguinte: — *Liberto* se diz o escravo que foi manumitido. *Os libertos ficam ingênuos, conservando sempre a reverência devida aos patronos.*

(815) Ord. L. 3.º tit. 9 §§ 1.º e 6.º Mas só quando o fizer em seu próprio nome, e não quando em nome alheio, v. g. em qualidade de tutor, curador, feitor, procurador (§ 5º)

(816) São obrigações recíprocas.

(817) A Ord. L. 4.º tit. 63 § 9.º a permitia por alguma das causas na mesma especificadas; mas só ao patrono (ex-senhor) contra o liberto (ex-escravo), e jamais aos herdeiros nem contra os herdeiros ou sucessores: a ação era, pois, *personalíssima*. — A doutrina do texto sustentamos em um discurso pronunciado em sessão magna do Instituto dos Advogados Brasileiros em 1865 (V. Rev. do Inst. tom. 3.º pag. 53).

(818) Exigindo todavia que se prove a causa justa da revogação em ação competente (V. Acordãos cit. na nota 797). — Por Dir. Rom. (subsidiário) era fora de questão a necessidade de sentença. — Não obstante, das palavras da Ord. cit. pode vir dúvida se era lícito revogar independente de sentença. Mas *revogou* quer dizer que o patrono em sua vida *obteve a sentença*; e *intentou demanda* quer dizer que ele faleceu sem a ter ainda obtido, caso em que os herdeiros (habilitando-se no processo) poderiam prosseguir (Repert. das Ord. v. Faculdade de poder revogar a doação por ingratidão.... nota *b*).

(819) Na Consolidação das Leis Civis Bras. pelo Dr. A.

Teixeira de Freitas se lê que, quanto aos nascidos no Império, aí se entende caduca semelhante lei por importar perda de direitos políticos e da qualidade de Cidadão Brasileiro fora dos casos taxativamente enumerados no Pacto Fundamental. (V. nota 4 ao art. 421). — O Dr. Trigo de Loureiro, no seu Compêndio ou Tratado de Direito Civil Bras. igualmente se pronuncia neste sentido, e com mais latitude, qualificando mesmo crime ou tentativa de reduzir à escravidão pessoa livre. — O Dr. A. J. Ribas no seu Direito Civil inclina-se a esta opinião, e faz votos para que prevaleça a doutrina. — O Dr. J. da Silva Costa também o sustentou em um artigo que fez públicar nos — Ensaios Liiterários do Atheneu Paulistano — 1860. — E assim outros Jurisconsultos e talentos pátrios, altamente competentes na matéria.

(820) V. § 125.

(821) *Libertas semel data non revocatur*, era um princípio axiomático; que compreendia alé a manumissão *causa mortis* (nota 797).

(822) V. nota 794. O que também entre nós não sofre questão; sendo aliás regra ou direito geral — *que a doação a título oneroso não é revogável por ingratidão* (Repert. das Ord. v. Doação se pode revogar por ingratidão — nota c. limitação 1.ª).

(823) Ord. L. 4,º tit. 63 § 10 in fine.

(824) É o *espírito* do nosso Direito, generalizando o que se lê na Ord. L. 4.º tit. 81 § 6.º, onde, falando-se da *escravidão da pena*, se reconhece e expressamente declara ser *contra a humanidade punir com a escravidão, quando a pena corporal por qualquer delito imposta é para a Justiça satisfatória.*

DDD

(825) Na satisfação do dano, em caso de delito, tem, além da pena criminal, a indenizacão; que pode ser reduzida a pena corporal (art. 32 Cod. Crim.) — Nos quase delitos e outros atos, a indenizacão por ação cível.

(826) Arg. da Ord. L. 4.º tit. 81§ 6.º; Cod. da Luisiana art. 189. — E já assim o entendiam Praxistas quanto ao Clérigo ingrato (Lima à Ord. L. 4.º tit. 63 § 7.º — n.º 5).

(827) Art. 2148 §3.º, que até declara nula a cláusula adjecta à doação de ser revogável por ingratidão. Exatamente o inverso do disposto no § 10 da Ord. L. 4.º tit. 63.

(828) Const. arts. 6.º e 7.º; Av. de 10 de Out. de 1832. — Seria, em tal caso, impossível a revogação (Consol. das Leis Civ. Bras. nota 4 ao art. 421 — V. em contrário a este argumento Dr. Ribas, Dir. Adim. pag. 368).

(829) Cod. Crim. art. 179 — Dr. Trigo de Loureiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 1.º §9.º

(830) Dr. José da Silva Costa, Ensaios Literários já cit. pag. 669.

(831) V. Ord. L. 4.º tit. 63, tit. 97.

(832) V. Consol. das L. Civ. Bras. — Introd. pag. III, e IV; Dr. Ribas, Dir. Civ. tit. 3.º cap. 2.º § 3.º; B. Carneiro, Dir. Civ. — Introd. § 13 n.º 1; Coelho da Rocha, Dir. Civ. Introd. § 9.º

(833) Bentham, Legislation, e Codification; — Montesquieu, Esprit des Lois.

(834) Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest (L. 8.ª Dig. de cap. min.).

(835) Seç. 3.ª art. 1.º Cap. 3.º desta Parte 1.ª

(836) Nos primeiros tempos, por determinações de Sérvio Tulio, importava. De Augusto e Tibério, porém, foram restringidos esses direitos. Até que por último foram ampliados sucessivamente; de forma que Justiniano aboliu essas diferenças e deu a todos a qualidade de *cives* (Hein. Recit. § 105).

(837) Nov. 78 cap. 2.º; Hein. Recit. § 110.

(838) Sérvio Túlio foi liberto; e a ele deveram os libertos muitos favores, e até serem igualados aos cidadãos Romanos, nos primeiros tempos de Roma. — Nos últimos, o Império foi ocupado por vários libertos.

(839) L. 5.ª Dig. de jur. aur. ann.; L. un. Cod. ad leg. Visell.

(840) L. 2.ª Dig. de natal. restit.

(841) Pothier, Pand. L. 50 tit. 17 ns. 102 a 110.

(842) Nov. 78 caps. 1.º e 2.º

(843) Const. art. 6.º § 1.º

(844) Const. art. 6.º § 5.º, LL. de 23 de Outubro de 1832, de 30 de Agosto de 1843, n.º 601 de 1850, n.º 712 de 1853, n.º 808 de 1855, L. de 20 de Setembro de 1860 art. 4.º; e outras especiais.

(845) O *jus civitatis*, entre os Romanos, não dava somente *direitos políticos*, mas também maior latitude de *direitos civis.*

(846) Nov. 78 cap. 2.º; Alv. de 16 de Janeiro de 1773. — Os expostos de cor presumem-se *livres* e *ingênuos*, posto que sejam escravos; e até filhos propriamente *naturais* (Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 7.º, Res. de 22 de Fevereiro de 1823). B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 19 § 175 n.º 1 diz *legítimos;* mas parece que se refere aos outros. — O Alv. cit. de 1773 proibiu que se denominassem *libertos* os manumitidos por considerar

isto *sutileza* dos Romanos, *contrária aos princípios de povos cristãos e civilizados*. — O exposto em território do Império é cidadão Brasileiro (Pimenta Bueno, Dir. Intern. Priv. 1863 — n. 51).

(847) Arg. da Ord. L. 1.º tit. 88.

(848) Ord. L. 3.º tit. 9.º § 5.º

(849) V. Seç. 5.ª art. 2.º cap. 3.º

(850) Const. arts. 6.º e 91; Instr. de 26 de Março de 1824 cap. 1.º § 6.º n.º 1; L. n.º 387 de 19 de Agosto de 1846 art. 18.

(851) Const. art. 94 §2.º; Inst. cit. de 1824 cap. 2.º §6.º n.º 2; L. cit. de 1846 art. 33 § 2.º; Av. n.º 78 de 21 de Março de 1849. — E portanto votar para Deputados Gerais e Provinciais, e para Senadores e Regente (Const. arts. 43, 74 e 90; Ato Ad. arts. 4.º e 27).

(852) Const. arts. 45, 75 e 95; L. cit. art. 53 §§ 2.º, 75, 80 a 84 combinados.

(853) Cod. Proc. Crim. art. 23; L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 27; Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 224 §1º; Av. n.º 78 de 1849.

(854) L. de l5 de Outubro de 1827 art. 3.º; Cod. Proc. Crim. art. 9.º; L. de 19 de Agosto de 1846 art. 99.

(855) Reg. de 31 de Janeiro de 1842 arts. 26 e 27.

(856) L. de 3 de Dez. da 1841 art 27, Reg. cit. de 1842 art. 216.

(857) Por maioria ou identidade de razão do que ficou exposto: sendo que para Conselheiro de Estado até se exigem qualidades de Senador (Const. art. 140), e Ministro não o pode

expressamente ser o naturalizado (art. 136) — V. Pimenta Bueno, Análise da Const. ou Dir. Pub. Bras. ns. 257, 663 a 679.

(858) O ser escravo, ou mesmo *liberto* é até impedimento para as Ordens; constitui essa qualidade ou condição uma *irregularidade ex defectu* (Cap. X de servis non ordinandis et eorum manumissione, Can. 20 dist. 54 — exceto consentindo o senhor caso em que — *ex hoc ipso quod constitutus est, liber et ingenuos erit*); o liberto pode ser admitido a elas, sendo *probatæ vitæ*, e *isento do patrono* (Cap. si quis — 7 — dist. 54 cit. — *neque libertus ordinari debet, nisi probatæ vitæ fuerit et consensus patroni recesserit*). V. Abade Pierrot, Dict. de Theol. morale Paris 1849 v. *esclavage, irrégularité.*

(859) Av. n.º 1 de 3 de Janeiro de 1861 (Const. art. 168; L. do 1.º de Out. de 1828 art. 4.º; L. de 19 de Agosto de 1846 art. 98).

(860) V. Pimenta Bueno, Dir. Publ. cit.. Dr. Ribas, Dir. Civ. tit. 4.º cap. 3.º §2.º nota 2.

(861) Avs. de 3 de Nov. de 1837, de 30 de Julho de 1841, Instr. de 14 de Abril de 1855, Av. de 16 de Abril de 1866 — *Diár. Of.* n. 181. — Em estabelecimentos públicos eram admitidos a servir, de preferência, com os ingênuos (Resol. de 25 de Junho e 20 de Set. de 1831; Repert. Furtado v. escravos, libertos).

(862) V. Fresquet Droit Rom.
pag. 109.

(863) Const. arts. 6.º e 145 combinados: Av. de 27 de Agosto de
1834, de 8 de Agosto de 1835, 9 de Fevereiro de 1838, L. n.º
602 de 19 de Setembro de 1850 art. 9 § 1º; Reg. n.º 722 de 23 de Outubro de 1850 art. 14 § 1.º

(864) L. cit. de 1850 art. 53 (que exige qualidade de eleitor); Reg. cit. art. 68 § 1.º